الوسيط في شرح القانون المدني

الجزء الخامس

العقود التي تقع على الملكية

المجلد الثاني

الهبة والشركة
والقرض والدخل الدائم والصلح

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط

في شرح القانون المدني

(٥)

العقود التي تقع على الملكية

الهبة والشركة
والقرض والدخل الدائم والصلح

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور فى العلوم القانونية ودكتور فى العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولى بجامعة باريس

الجزء الخامس

مقدمة (*)

١ — التعريف بعقد الهبة ومقومات هذا العقد — نصوص قانونية :

أوردت المادة ٤٨٦ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد الهبة فى العبارات الآتية :

١ — « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض » .

(*) مراجع فى عقد الهبة : أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة الجزء العاشر — بودرى وكولان الطبعة الثالثة فى الهبات ما بين الأحياء والوصايا الجزء العاشر — بيدان وفواران (Voirin) الطبعة الثانية الجزء السادس — ديموج فى الالتزامات الجزآن الأول والثانى — بلانيول وريبير وترانسبو (Trinsbot) الجزء الخامس — بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة الثالثة الجزء الثالث — كولان وكابيتان ودى‌لامورا نديير الطبعة التاسعة الجزء الثالث — جوسران الطبعة الثانية الجزء الثالث — أنسيكلوبيدى داللوز الجزء الثانى لفظ Donation ولفظ Dons manuels .

رسائل : بارتان (Bartin) فى نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب باريس سنة ١٨٨٧ — أوبنك (Aubenque) فى الهبات ما بين الأحياء ، موازنة بعقود المعاوضة مونبلييه سنة ١٩٠٣ — رى (Ray) فى الهبة باريس سنة ١٩١٢ — ڤالوار (Valloir) بحث فى فكرة التصرفات التبرعية رن سنة ١٩١٩ — شيڤالييه (Chevallier) فى التكييف القانونى لفتح المسابقات للوظيفة العامة رن سنة ١٩٢٤ — تامبال (Timbal) فى عطايا المكافأة (donations rémunératoires) تولوز سنة ١٩٢٥ — شامبو (Champeaux) فى فكرة التصرفات التبرعية ستراسبورج سنة ١٩٣١ — پاسيل (Pacilly) فى الهبة اليدوية كان سنة ١٩٣٦ — بويسو (Bouyessou) فى التبرعات المقترنة بالشروط فى القانون المدنى الفرنسى تولوز ١٩٤٥ — بونسار (Ponsard) فى الهبات غير المباشرة فى القانون المدنى الفرنسى ديچون سنة ١٩٤٦ .

الفقه المصرى : الأستاذ محمد كامل مرسى فى الأموال سنة ١٩٣٧ وفى العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فى العقود المسماة سنة ١٩٥٣ — الأستاذ أكثم أمين الخولى فى العقود المدنية سنة ١٩٥٧ — (فى الفقه العراقى الأستاذ حسن على الذنون فى العقود المسماة بغداد سنة ١٩٥٤) .

الفقه الإسلامى : البدائع جزء ٦ — الزيلعى جزء ٥ — الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٥ وما بعدها — والسنة الثالثة ص ٥١ وما بعدها) ؛ وفى الهبة والوصية وتصرفات المريض سنة ١٩٣٩

ونحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم عندما نشير فيما يلى إلى أحد هذه المراجع .

٢ — ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين »[١] .

ولا مقابل لهذا : النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦٠١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٥٠٤ إلى ٥٠٦[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٩ من المشروع التمهيدى على وجه موافق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له » . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة « لعدم ضرورتها » . وأصبحت المادة رقمها ٥١٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٣ — ص ٢٤٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى :

م ٦٠١ : ١ — الهبة هى تمليك مال لآخر بلا عوض . ٢ — والصدقة هى المال الذى وهب لأجل الثواب ، وهى فى أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فى أن الهبة فى التقنين العراقى عقد لا إرادة منفردة فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

م ٥٠٤ : الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل .

م ٥٠٥ : إن الهبات التى تنتج مفعولها بوفاة الواهب تعد من قبيل الأعمال الصادرة عن مشيئة المرء الأخيرة ، وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث .

م ٥٠٦ : إن الهبات التى تنتج مفاعيلها بين الأحياء تخضع للقواعد العامة المختصة بالعقود والموجبات ، مع مراعاة الأحكام المخالفة المذكورة فى هذا الكتاب . انظر أيضاً م ١٦٩ .

(والحكم لا يختلف عن حكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا التعريف أن للهبة مقومات أربعة :

١ — فالهبة عقد ما بين الأحياء (contrat entre vig) .

٢ — بموجبه يتصرف الواهب فى ماله (transmission de valeur) .

٣ — دون عوض (absence de contrepartic) .

٤ — بنية التبرع (intention libérale) .

ويمكن القول ، من النظر فى هذه المقومات ، إن عقد الهبة يتكون من عنصرين : (ا) عنصر مادى (élément matérial) : وهو تصرف الواهب فى ماله دون عوض (المقومان الثانى والثالث) . (ب) وعنصر معنوى أو قصدى (élément intentionnel) : وهو نية التبرع (المقوم الرابع) .

ونتناول بالتحليل كلا من هذه المقومات الأربعة .

٢ — الهبة عقد ما بين الأحياء : فالهبة أولا عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين[1] ، ولا تنعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة كما

---

(١) والهبة يتحقق وجودها الشرعى بمجرد الإيجاب عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وقبول الموهوب له عندهم شرط لثبوت الملك له لأن أحداً لا يملك إدخال شيء فى ملك غيره بدون رضاه . أما عند زفر فلا يتحقق للهبة وجود شرعى إلا بإيجاب وقبول متطابقين . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ١١٥) : « أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفى قول قال القبض أيضاً ركن » . أما القبض ، فهو فى الفقه الحنفى شرط لنقل الملك فى الموهوب إلى الموهوب له . وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأى زفر ، فنصت المادة ٥٠٠ على أن « تصح الهبة بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له ، والقبض يقوم مقام القبول » .

وعند مالك تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب . ويستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، فينتقل إليه الملك بالقبض . ولو قبض بغير إذن الواهب ، صح وانتقل الملك إليه .

وعند الشافعية والحنابلة لا تصح الهبة إلا بالإيجاب والقبول .

سنرى . وهذا هو الذى يميز الهبة عن الوصية ، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصى المنفردة ، ويجوز لهذا أن يرجع فيها ما دام حياً ، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته . أما رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى فليس قبولا لإيجاب من الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصَى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه على النحو الذى رأيناه فى قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته فى الاشتراط لمصلحة الغير . ويقطع فى ذلك أن الموصَى له يكسب الموصَى به لا من وقت « قبوله » للوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تم بقبول الموصَى له اكسب هذا ملكية الموصَى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى . فالهبة إذن تختلف عن الوصية فى أنها عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا فى أحوال معينة ، وفى أن أثرها لا يتراخى حتما إلى موت الواهب . ووصف الهبة فى التعريف الذى أورده التقنين المدنى بأنها عقد يخرج الوصية قطعاً عن أن تكون هبة ، وليس من الضرورى أن يضاف إلى التعريف أن تكون الهبة غير مضافة إلى موت الواهب[1] .

وما دمنا نقول إن الهبة عقد فهى عقد ما بين الأحياء ، ولا حاجة إلى النص على ذلك صراحة كما قدمنا ، فإن التقنين المدنى المصرى لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . ومن ثم تخرج الهبة لما بعد الموت ، وهى الهبة التى يعرفها القانون الرومانى ولا يعرفها القانون المصرى[2] . فلا يجوز

---

(١) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٩ ص ٥٧ — والأستاذ أكثم الخولى فقرة ٥٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ م ٥٩ ص ١٦٧ — وقد عرف القانون الرومانى الهبة لما بعد الموت (mortis causa donatio)، بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكاً على الاشتباك فى حرب أو فى مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله . فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها .

=

فى القانون المصرى أن يعقد الواهب هبة باتة ويرجئ فى الوقت ذاته نقل

— ويبيح القانون المدنى الفرنسى ضروباً من الهبة تقرب من الهبة لما بعد الموت ، أهمها هى هبة الأموال المستقبلة التى يتضمنها الاتفاق المالى فى الزواج (contrat de mariage)، والهبة مابين الزوجين (انظر فى هذه المسألة فى القانون الرومانى وفى القانون المدنى الفرنسى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٥) .

ويعرف الفقه الإسلامى، ومعه القانون المدنى المصرى ، الهبة فى مرض الموت . وتختلف عن الهبة لما بعد الموت فى أن هذه لا تنفذ إلا بموت الواهب كما فى الوصية ، أما الهبة فى مرض الموت فتنفذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون فى مرض الموت وقت أن يهب ، فمن الناحية العملية إذن تتقارب الهبتان . والهبة فى مرض الموت لها على كل حال حكم الوصية ، فلا تنفذ إلا فى ثلث التركة ، لوارث أو لغير وارث .

ويعرف الفقه الإسلامى كذلك العمرى والرقبى . أما العمرى فهى أن يقول شخص لآخر أعمرتك كذا مدة حياتك ، حتى إذا مت عادت إلىّ إن كنتُ حياً أو إلى ورثتى إن متُّ قبلك . وعند الحنفية والشافعية والحنابلة أن الهبة تصح ويلغو الشرط ، فتكون العين ملكاً للمعمر له ثم لورثته من بعده ، وعند المالكية يصح العقد والشرط معاً : فتكون العمرى تمليك منفعة العين للمعمر له مدة حياته ، فإذا مات رجعت العين إلى المعمر إن كان حياً أو إلى ورثته . أما الرقبى فهى أن يقول شخص لآخر دارى لك رقبى، أى ترتقب موتى ، حتى إذا مت كانت الدار ملكاً لك . فهذا تمليك بات (بخلاف الوصية) أضيف إلى الزمان المستقبل ، فلا تجوز عند الجمهور . وتخرج عند مالك على أنها وصية فتجوز . وهناك صورة أخرى للرقبى : يكون لزيد دار ولبكر دار ، فيتفقان على أن الدارين يكونان ملك من يعيش بعد الآخر ، ويغلب أن يكون ذلك بين الزوجين . وهذه الصورة باطلة عند الجميع — حتى عند مالك — لما فيها من الغرر . انظر فى العمرى والرقبى البدائع ٦ ص ١١٦ — ص ١١٧ — الخرشى ٧ ص ١١١ — ص ١١٢ — المهذب ١ ص ٤٤٨ — المغنى ٥ ص ٦٢٤ — ص ٦٢٨ — وانظر المادة ٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها، فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون . —

ملكية الموهوب إلى ما بعد موته[1] ، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية وبإرادته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها كما سبق القول . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : « ويلاحظ أن الهبة عقد يتم في حال الحياة ، أما الهبة لما بعد الموت ، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب : م ٢/٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية »[2] .

٣ — الواهب يتصرف في مال له : ويخصص الهبة بين عقود التبرع بوجه عام (dispositions à titre gratuit) أن الواهب يتصرف في مال له . ذلك أن الهبة تدخل في عموم عقود التبرع ، وتدخل معها عقود

= بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم بأن الرقبى باطلة (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٢) ، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية ، وهذا هو مذهب مالك (٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣) .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ — ولكنه يستطيع أن يهب مالا في الحال ويؤجل تسليمه إلى ما بعد موته . فيثبت للموهوب له في الموهوب حق الملك في الحال (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٧ ص ٤١١ — وبودرى وكولان ١٠ فقرة ٢٣ . أما إذا وهب شخص آخر مالا على ألا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب — وهذه هي الهبة لما بعد الموت — فإن هذه الهبة تكون باطلة كما قدمنا . ولكن يصح أن تتحول ، وفقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ، إلى وصية صحيحة ، فيجوز للمتصرف الرجوع فيها حال حياته ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة (قارب استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ١٨٣— وقارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٥٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ — ومن أخص خصائص الوصية أنها لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة . أما الهبة فتجوز في كل المال ؛ ولكن على أن يتجرد الواهب عن ماله حال حياته ، وهذا هو الذي يثنيه عادة عن الهبة .

=

أخرى كالعارية والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر والتبرع بأية خدمة أو عمل آخر . وتتخصص الهبة[١] فى أن الواهب يلتزم بإعطاء شىء ، أما فى العقود الأخرى[٢] فالمتبرع يلتزم بعمل[٣] أو بالامتناع عن عمل[٤] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يعرف المشروع الهبة تعريفاً يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات ، فهى تشترك مع سائر التبرعات — كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل — فى أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض ، وفى أنها تقترن بنية التبرع . ولكنها تنفرد بخاصية هى أنها من أعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل . ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، كما فى عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون هبة وإن كان تبرعاً[٥] .

(١) هى والوصية ، ويسميان بالعطايا (libéralités)

(٢) ويطلق عليها عادة عقود التفضل أوعقود التبرع بالخدمات (actes de bienfaisance, contrats de services gratuits)

(٣) وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ، فى قضية تبرع فيها أستاذ بإلقاء محاضرات فى الجامعة ثم رجع عن تبرعه وطالب بأجر محاضراته ، بأن التطوع لإلقاء محاضرات دون اقتضاء مقابل عنها يجمع بين التبرع بالالتزام بعمل وهو هبة غير مباشرة وبين إسقاط الحق فى المقابل الذى تعلق بذمة المدين بإبرائه منه وهو هبة غير مباشرة كذلك (٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨) . وكان الأولى أن يقال هناك إن التصرف ليس هبة بل هو من عقود التفضل ، إذ المتصرف قد تبرع بعمله والتبرع بالعمل لا يعد هبة ولوغير مباشرة ، ومن ثم لا تسرى أحكام الرجوع فى الهبة . ولوكان المتصرف قد تبرع بأجر العمل — لا بالعمل ذاته — لكان التصرف هبة غير مباشرة ، ولسرت عليها الأحكام الموضوعية للهبة ومنها جواز الرجوع . وقد اضطرت المحكمة بعد القول بأن التصرف هبة غير مباشرة أن تقوله بجواز الرجوع فيها ، ومن ثم بحثت الأسباب التى قدمها المتبرع للرجوع فى هبته فلم تجد فيها عذراً مقبولاً .

(٤) ومع ذلك قارن أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٣ — وفى الفقه الإسلامى يندرج تحت التبرع ثلاثة أنواع : (ا) تبرع محض ، كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة . (ب) تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء ، كالقرض والكفالة والهبة بشرط العوض . (ج) تبرع ضمن عقد معاوضة . كالمحاباة فى البيع والشراء وكالزيادة على المهر . انظر الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٥ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ — انظر براتار (Boitard) فى عقود التبرع بالخدمات باريس سنة ١٩٤١

فالواهب إذن يتصرف فى مال له دون عوض . ومعنى ذلك فى الأصل أنه يلتزم بنقل حق عينى إلى الموهوب له . ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة فى المال ، فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول . وليس من الضرورى أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية فى العقار أو المنقول ، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية[١] وقد يكون معنى ذلك أيضاً أن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصى هو إعطاء شيء (obligation de donner) ، فيجوز أن تتحقق الهبة ، لا عن طريق الالتزام بنقل حق عينى ، بل بطريق الالتزام بحق شخصى كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود ، وهذا تصرف غير مباشر فى المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب .

ولما كانت الهبة تصرفاً فى المال ، فقد خرجت الكفالة العينية عن أن تكون هبة . ذلك أن الكفيل العينى ، وإن كان يتصرف فى ماله بأن يثقل عيناً مملوكة له برهن ضماناً لدين شخص آخر ، إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عينى أصلى لا إلى الدائن ولا إلى المدين . وإذا نزعت ملكية العين المثقلة بالرهن وفاء للدين ، فإن الكفيل العينى له حق الرجوع على المدين بما وفاه من دينه ؛ وإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعاً به لا بحق الرهن الذى ثقل به العين[٢] .

---

(١) وليس من الضرورى أن يكون التصرف باتا ، فيصح أن تكون الهبة معلقة على شرط فاسخ أو على شرط واقف . كذلك يصح أن يكون تسليم الموهوب له مقترناً بأجل ، وقد يكون هذا الأجل هو موت الواهب كما سبق القول .

(٢) وكالكفيل العينى الكفيل الشخصى ، فإنه لا يلتزم إلا بكفالة حق ، وإذا وفى الحق المكفول فإن له حق الرجوع على المدين الأصلى (أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ **donation** فقرة ٢٩) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن عبارة فى هذا المعنى ، فكانت الفقرة الأولى من المادة =

ويخلص مما قدمناه أنه لا يعتبر هبة – وإن كان يعتبر تبرعاً – أن يمتنع المتبرع عن الإثراء ، إذ الواهب يجب أن يفتقر ، بأن يلتزم بنقل حق عينى أو أن يلتزم بحق شخصى بإعطاء شيء كما قدمنا . فإذا رفض الموصى له الوصية ، أو رفض المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشترط لمصلحته[1] ، فليس هذا بهبة . ويخلص أيضاً أن الإبراء من الدين وهو نزول عن حق شخصى ، والاشتراط لمصلحة الغير وهو إلزام الغير بحق شخصى للمنتفع ، ليسا هبة مباشرة ، وإنما هما هبة غير مباشرة ، لأنهما لا يتضمنان التزاماً بنقل حق عينى أو التزاماً بحق شخصى[2] .

فالهبة المقصودة فى هذا الباب هى الهبة المباشرة ، وهى التى لا تتحقق إلا بأن يلتزم الواهب بنقل حق عينى إلى الموهوب له أو أن يلتزم له بحق شخصى بالإعطاء . وهذه الهبة المباشرة هى التى تسرى عليها أحكام الهبة ، فتشترط فيها الشكلية وتستوجب أهلية التبرع ، ويتخفف فيها من ضمان الاستحقاق وضمان العيب ، ويجوز الرجوع فيها إلا فى أحوال معينة . وأهم هذه الأحكام هى الشكلية ، وهو حكم تنفرد به الهبة المباشرة .

= ٦٥٩ من هذا المشروع تنص على أن « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض ، ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له » . فهذا الشرط الأخير يخرج الكفالة العينية ، إذ ليس من شأنها أن تجعل الدائن يثرى ، ولكن العبارة حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ – وانظر آنفاً فقرة ٤٣٤ فى الهامش) .

(١) انسيكلوبيدى داللوز ، لفظ donation فقرة ٥٠ وفقرة ٥٤ .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : إذ تقول : « ولا يكون الامتناع عن الإثراء من باب أولى هبة ، فإذا رفض الموهوب له الوصية ، أو رفض المستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشترط لمصلحته ، فلا يعتبر ذلك هبة منهما . كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة ، لأنها لا تشتمل على التزام بنقل الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤) .

هذا ويعتبر هبة غير مباشرة أن يلتزم شخص بوفاء دين على الغير ، وأن يقبل شخص حوالة دين على سبيل التبرع أى دون نية الرجوع على المدين الأصلى .

٤ — **وروده عوضه** : والتزام الواهب يجب ألاّ يقابله عوض ، إذ الهبة تصرف فى المال دون عوض كما ورد فى النص (م ٤٣٤/١ مدنى) . فهى افتقار من جانب الواهب ، وإثراء من جانب الموهوب له ، وقد ترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار[١] . ولكنه ليس إثراء بلا سبب . فلا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الرجوع ، إذ الأثراء هنا سببه عقد الهبة .

وليس يمنع أن تكون الهبة دون عوض أن تكون من الهبات المتبادلة (dons mutuels) . فقد يهب شخص آخر شيئاً ، ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتين . وتكون كل منهما دون عوض ، لأن كلا من الهبتين ليس عوضاً عن الهبة الأخرى ، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته . وينطبق ذلك أيضاً على الهدايا المتبادلة فى مناسبات معينة ، كالأفراح وحفلات القران وأعياد الميلاد ، فالصديق يقدم هدية لصديقة فى إحدى هذه المناسبات قاصداً التبرع ، ولا ينفى هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية فى مناسبة مقبلة[٢] .

---

(١) وليس من الضرورى أن تكون قيمة الإثراء معادلة لقيمة الافتقار . فى عقد التأمين يكون إثراء المنتفع (الموهوب له) بمقدار مبلغ التأمين ، وافتقار المشترط (الواهب) بمقدار أقساط التأمين . وقد لا تتعادل القيمتان كما هو الغالب . والمبلغ الموهوب يعتبر أقل القيمتين (بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٢٥– الأستاذ محمود جمال‌الدين زكى ص ٦٨ هامش رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبيروترانسبو ٥ فقرة ٣٣٠ – بلانيول وريبيروبولانجيه ٣ فقرة ٣٢٥١ – لپانجل (Lepingle) فى العطايا المتبادلة والمتقابلة رسالة من رن سـنة ١٩٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٨ ولكن قارن ص ٤٠٠ .

وقد قضت محكمة الصف بأن ما يقدمه الناس بعضهم لبعض فى الأفراح باسم « النقوط » إن هو إلا هبة تتم بالقبض ، ولا حق للواهب فى طلب استرداد هبته . وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل أو أكثر منها ، فى ظروف كالظروف التى أخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضى لا بحكم القاضى (٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧ / ٢ ص ٦٠) .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ مدنى بأنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد هبة . فيصح أن يفرض الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة الموهوب له نفسه ، كأن يهب له مبلغاً من المال ويلزمه إنفاقه فى القيام برحلة علمية يفيد منها(١) ، أو فى الإنفاق منه على تحصيل العلم ، أو فى شراء عقار أو سندات مالية يدخرها ، أو نحو ذلك مما هو فى مصلحة الموهوب له(٢) . وواضح أن هذا الالتزام إنما قرره الواهب لمصلحة الموهوب له ، فهو والهبة معاً يفيدان الموهوب له فائده محضة (٣) .

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٩

(٢) وقد يشترط الواهب عدم التصرف فى العقار الموهوب لمصلحة الموهوب له نفسه .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣٩ .

وقد تكون الهبة لشخص معنوى ويشترط الواهب تخصيص المال الموهوب لبناء مستشفى أوملجأ أومدرسة أونحو ذلك ، وهذا أيضاً فى مصلحة الموهوب له إذ يعينه على تحقيق أغراضه الخيرية . وقد تكون قيمة الالتزام المفروض على الموهوب له أكبر من قيمة المال الموهوب ، كأن يهب شخص لجمعية خيرية مبلغاً من المال على أن تنشئ مستشفى تزيد تكاليفه على هذا المبلغ فيبقى مع ذلك التصرف تبرعا . قارن مع ذلك محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ، حيث ذهبت ، فى قضية تبرع فيها شخص بقطعة أرض لمجلس مديرية المنيا ليقوم ببناء مدرسة أولية للبنات عليها ، إلى أن العقد من عقود المعاوضة غير المسماة ، وأيدتها محكمة النقض فى ذلك : نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣

ويسمى الفقه فى بعض الأحيان الهبة المقترنة بالتزام لمصلحةالموهوب له بالهبة المقيدة ، تمييزاً لها عن الهبة بعوض ، ويكون كل من الهبة المقيدة والهبة بعوض هبة مثقلة بأعباء أو تكاليف .

ويجب التمييز بين هذه الهبة المثقلة بالأعباء والتكاليف وبين الهبة المعلقة على شرط فاسخ . فقد يهب شخص زوجته منزلا ، ويشترط عليها ألا تتزوج بعد وفاته . فيكون هذا الاشتراط إما عبئاً يقترن بالهبة وفى هذه الحالة قد يكون الباعث عليه غير مشروع فيبطل مع بقاء الهبة ، وإما شرطاً فاسخاً إذا تحقق انفسخت الهبة من تلقاء نفسها . ومعيار التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ أن الواهب فى حالة العبء أراد إلزام الموهوب له بتحمله ضرورة ، أما فى حالة الشرط الفاسخ فقد ترك له الحرية بين التزامه فتبقى الهبة أوعدم التزامه فتنفسخ (انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٧٨ هامش رقم ٢) .

على أنه يجوز أن يكون الالتزام مفروضاً لمصلحة الواهب له ، وقد أوردت المادة ٤٩٩/١ مدنى مثلا لذلك عندما نصت على أنه « إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره » . فيصح إذن أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يفى بما عليه من دين بعد أن تجرد له عن المال الذى كان يصح أن يفى منه هذا الدين ، وما دام أقل من قيمة المال الموهوب فإن الفرق بين هذه القيمة والدين يعتبر هبة بلا عوض[1] . والفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ مدنى تفترض التزاما فى ذمة الموهوب له بوفاء الدين ، وذلك « إذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » . وسنتناول نص المادة ٤٩٩ مدنى تفصيلا فيما يلى[2] .

وإذا كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سبباً فى إثراء الموهوب له ، فذلك لا يمنع من أن تكون بعوض ، ويكون المقدار المتبرع به فى هذه الحالة هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترط ، بحيث إذا تبين أن قيمة العوض المشترط تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة[3] . وإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل فى القيمة من العوض المشترط — ويتحقق ذلك غالباً إذا كان الموهوب له على غير بينة من أمره — لم يكن الموهوب له ملزماً بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٣

(٢) انظر فقرة ٥٥٥

(٣) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٣٩ — فقرة ٤٠ — وقد يكون التصرف مختلطاً يدور بين المعاوضة والهبة ، كما فى البيع بمحاباة ، وسنرى أن الهبة تكون هنا هبة مستترة لا تستوجب الشكلية (انظر ما يلى فقرة ٤٨ ؛ — وانظر أوبرى ورو إسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٩) .

الموهوب (م ٤٩٨ مدنى)[١] . والعوض إما أن يشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة (م ٤٩٧ مدنى) ، وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى[٢] . وقد يكون العوض إيراداً مرتباً مدى الحياة لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، وقد يعادل هذا الإيراد ريع العين الموهوبة أو يزيد عليه ، وقد يهب الشخص ماله لآخر ويشترط عوضاً لذلك النفقة عليه ، فلا يمنع العوض فى كل هذه الحالات من أن يكون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض[٣] كما سبق القول .

٥ — نية التبرع : ولا يكفى لتحقق الهبة أن يتصرف الواهب فى مال له دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوى فى الهبة ، وهو نية التبرع[٤] (animus donandi, intention libérale) . فقد يتصرف الشخص فى ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع[٥] ، كأن يوفى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا ينفى نية التبرع أن يشترط الواهب عوضاً لهبته ، والعوض هو التزام ينشئه عقد الهبة فى ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبى أو المصلحة العامة ، على تفصيل سيأتى . ويكون العوض عادة أقل من الهبة ، ولا يجوز على كل حال أن يكون أكبر منها وإلا فالموهوب له لايؤدى منه إلا بقدر الموهوب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٢٢ وما بعدها وفقرة ١٠د وما بعدها .

(٣) فإذا تبين من الظروف ، وبخاصة من سن الواهب وحالته الصحية ، أن ما أعطاه يعادل الإيراد الذى اشترطه كان العقد فى هذه الحالة بيعاً لا هبة .

(٤) ونية التبرع مسألة نفسية ، والعبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، هل قصد تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة فتتوافر نية المتبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل فى حسابه ، أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه فتنتفى نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة . وما عسى أن يقصده المتبرع من منفعة من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال فى نطاق العقد ، وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع . انظر فى ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣٢ — فقرة ٣٣ .

(٥) بلانيول وريبير وترانسبو فقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٢٥ — بيدان ٦ فقرة ٧ — —

بالتزام طبيعى . فهو لا يتبرع وإنما يوفى ديناً وإن كان لا يجبر على الوفاء به . فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة . ولا يستطيع الرجوع فيه ، حتى فى الأحوال التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة ، كما لا يستوجب الرسمية(١) . ومما يعتبر وفاء بالتزام طبيعى تجهيز الأب ابنته ، أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج . أو إعطاؤه مبلغاً من المال ينشئ به متجراً أو نحو ذلك . ففى جميع هذه الأحوال إنما يوفى الأب بالتزام طبيعى ، فهو لا يتبرع . ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة(٢) .

وتنتفى نية التبرع فى عطايا المكافأة (dons rémunératoires) ، وهى العطايا المقدمة للإثابة على خدمة أو صنيع . فمن ينفح خادماً له مبلغاً من المال مكافأة له على إخلاصه فى العمل لا يعطى هبة ، ولكنه يفى بالتزام طبيعى . ذلك أن عطايا المكافأة أو هبات المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء لالتزام طبيعى(٣) .

= فقرة ١٠ وفقرة ٢١ – فقرة ٢٧ ، جوسران فى البواعث فى التصرفات القانونية فقرة ٢٥٤ وما بعدها – كولان وكابيتان ٣ فقرة ٨٢١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٢٣٥ وما بعدها – شامبو (Champeaux) فى فكرة التصرفات التبرعية رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٣١ .

(١) استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٧ .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٢–٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٧ – ٣١ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ (بالنسبة إلى القانون اليونانى) – محكمة مصر الكلية المختلطة ١٩ فبراير سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٣ (بالنسبة إلى القانونين الفرنسى والألمانى) .

(٣) ويتوجد هذا الالتزام الطبيعى بقيود ثلاثة : أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أى يمكن تقديرها بالنقود ، وألا يكون فى تأديتها وفاء بالتزام مدنى ، وألا تكون قد قدمت على وجه التبرع (تمال Timbal ص ١٤٥ – ص ١٤٩ – بودرى وكولان فقرة ١١٣٥ – أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٧ – انسيكلوبيدى دالوز لفظ donation فقرة ١٥ وفقرة ١٧ – وانظر فى الفقه والقضاء فى مصر الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٦٨ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣٧ – استئناف وطنى ١٧ فبراير =

وتنتفى نية التبرع أيضاً فى المكافآت السنوية التى تعطيها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم . فهذه عطايا لا تعتبر هبة ، بل هى جزء من المرتب وإن كانت جزءاً غير ثابت[1] . والنفحة (البقشيش) التى ينفحها العميل لخدمة المقاهى والمطاعم والفنادق وما إليها لا تعتبر هبة ، بل هى جزء من الأجر ترتب بحكم العرف[2] .

وقد يعطى الشخص مالاً ولكنه لا يقصد به التبرع المحض ، بل يقصد جنى منفعة مادية أو أدبية . فتنتفى فى هذه الحالة نية التبرع . ولا يعتبر التصرف هبة . فإذا أعطت البلدية أرضاً دون مقابل لشركة لتنشئ عليها فندقاً فى مصيف أو مشتى ، وقد قصدت البلدية بهذه العطية رواج المصيف أو المشتى . فقد قصدت جنى منفعة مادية . وانتفت عندها نية التبرع ، فلا يعتبر تصرفها هبة[3] . وإعطاء الحكومة أرضاً بشرط تعميرها لا يعتبر

= سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٦٥ — ١٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٤٣ — استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ . وفى مصر يحسن عدم التشدد فى بعض هذه الشروط ، وبخاصة الشرط الذى يقضى بأن الخدمة يجب أن تكون مما يمكن تقديره بالنقود ، فالإثابة على إنقاذ الحياة أو الشرف — وهذه خدمات لا تقدر بمال — أولى أن تكون وفاء بالتزام طبيعى (انظر فى هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٢٦١ ، وقارن استئناف مختلط ٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

(١) بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣١٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٢٤٠ — رواست وديران فى التشريع الصناعى فقرة ٢٨٨ — وقارن أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٦ — وانظر نقض فرنسى (الدوائر المجتمعة) فى ٥ أغسطس سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ٢ — ٢٧٤ .

(٢) قارن أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧ — وانظر عكس ذلك بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣١٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٢٤١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦ .

(٣) وكانت بلدية مرسيليا أعطت لنابليون الثالث قطعة أرض ليشيد عليها قصراً ، فلما سقط أقامت البلدية دعوى مطالبة ببطلان التصرف باعتباره هبة لم تستوف الشكلية الواجبة : =

هبة(١) . وإذا أعطى شخص مالا لوزارة الأوقاف لتبنى به مسجداً واشترط أن يدفن فيه ، انتفت عنده نية التبرع ، إذ يكون قد قصد بذلك جنى منفعة أدبية ، فلا يكون تصرفه هبة . ومن يعطى مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى ، ويشترط أن تسمى المؤسسة باسمه ، فإنه يكون قد قصد جنى منفعة أدبية ، ولا يعتبر تصرفه هبة(٢) .

= فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن التصرف هنا معاوضة لاتستوجب الشكلية ، لأن البلدية لم يكن عندها نية التبرع بالأرض ، بل قصدت جنى منفعة مادية من وراء هذا التصرف لما يعود على الجهة من خير مادى لو شيد الإمبراطور القصر فيها (نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٤—١—٤٣٩— وانظر أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ وهامش رقم ٩) .

وإذا أعطى شخص أرضاً لوزارة المعارف لتبنى عليها مدرسة ، أو أرضاً لوزارة العدل لتبنى عليها محكمة ، وهو يقصد من هذا التصرف أن يصقع أراضيه الأخرى المجاورة لهذه الأرض التى أعطاها ، لم يكن التصرف بنية التبرع فلايكون هبة . وإذا نزل شخص عن أرض لوزارة الأشغال لحفر ترعة تيسر عليه الرى ، أو دفعت شركة أراض مبلغاً من المال لإنشاء طريق يصقع أراضيها ، فى جميع هذه الأحوال لا يجوز للمتصرف أن يحتج بعدم رسمية الهبة فإن العقد معاوضة لا تستوجب الهبة (ڤالوار ص ١٠٤ — شيفاليه ص ٣٣ وما بعدها) : وإذا تبرع الوصى لمحجوره بمال بعد بلوغه سن الرشد وكان ذلك حتى لا يطعن فى حساب الوصاية ، فإن التصرف لا يكون هبة لأنه ليس مصحوباً بنية المتبرع (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٢) . وإذا نزل دائنو المفلس فى الصلح معه عن جزء من ديونهم ليتيسر لهم الحصول على الباقى ، لم يكن هذا تبرعاً . وانتفاء فكرة التبرع مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٤) .

(١) محكمة مصر ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ — ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية فى قضية تنازل فيها شخص لمجلس مديرية البحيرة عن قطعة أرض لبناء مدرسة أولية عليها ، وتعهد بتسليمها للمجلس بموجب عقد عرفى ثم لم ينفذ تعهده ، بأن هذا عقد هبة وقع باطلا لحصوله بعقد عرفى (١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧)

(٢) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٥ — وإذا تبرع ثرى لعمل خيرى للحصول على لقب لم يكن تصرفه هذا هبة لانتفاء نية التبرع .

والمقصود بالمنفعة الأدبية أن تكون منفعة ذاتية للمتبرع ، فلا يكفى بطبيعة الحال لنفى نية المتبرع أن يكون من تبرع لإنشاء مستشفى قد قصد المعاونة فى مكافحة المرض ، أو لإنشاء مدرسة =

فيجب إذن فى الهبة أن تتمحض نية الواهب للتبرع[1] ، دون أن يقصد وفاء بالتزام طبيعى ، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع ، أو إلى جنى منفعة مادية أو أدبية[2] .

٦ — خصائص الهبة واشتباهها ببعض التصرفات الأخرى :

والهبة التى بسطنا مقوماتها فيما تقدم هى الهبة المباشرة كما سبق القول .

= قد قصد المساهمة فى نشر التعليم ، فهذه ليست منافع ذاتية للمتبرع ، بل هو قد توخى تحقيق المصلحة العامة . وهنالك جانب من الفقه يذهب إلى أن المنفعة الأدبية لا تكفى لنفى وصف الهبة حتى لو كانت ذاتية ، لخفاء العنصر النفسى فى هذه الحالة ، ولكن الرأى الغالب فى الفقه المصرى هو أن المنفعة الأدبية الذاتية تكفى لنفى وصف الهبة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٤٢ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣٤) .

(١) وقد تكون نية المتبرع منصرفة لا إلى المتعاقد الآخر بل إلى الغير ، كالكفيل إذا كفل المدين دون مقابل ، وقد انصرفت نية المتبرع هنا إلى المدين المكفول لا إلى الدائن ، وتكون الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن وتبرعاً بالنسبة إلى المدين . وكذلك الاشتراط لمصلحة الغير دون مقابل من المنتفع قد انصرفت فيه نية التبرع إلى الغير وهو المنتفع ، ويكون الاشتراط معاوضة بالنسبة إلى كل من المشترط والمتعهد ، وتبرعاً بالنسبة إلى المنتفع . ولكن يلاحظ أن الهبة هنا ليست هبة مباشرة ، فهى فى الكفالة تبرع بمعناه العام ، وهى فى الاشتراط لمصلحة الغير هبة غير مباشرة .

(٢) ويخلص مما قدمناه أن عناصر الهبة تتفاوت فى أرجحيتها تبعاً للقواعد المراد تطبيقها . فإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية الواهب ، كوجوب الشكلية وجواز الرجوع واشتراط أهلية خاصة ، رجح العنصر المعنوى للهبة وهو نية التبرع ، ووجب أن تقوم هذه النية متمحضة حتى تسرى هذه القواعد . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية ورثة الواهب ، رجح العنصر المادى ، وبخاصة ما يرجع منه إلى افتقار الواهب دون مقابل يأخذه . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية دائنى الواهب ، رجح هنا أيضاً العنصر المادى ، وبخاصة ما يرجع منه إلى إثراء الموهوب له دون مقابل يعطيه . فالنسبية إذن تسود الهبة ، ويرجح عنصر أو آخر من عناصرها تبعاً للقواعد المراد تطبيقها ، وبالنسبة إلى هذه القواعد دون غيرها (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٣٣ — بلانيول وريبير بولانجيه ٣ فقرة ٣٢٣٤ — ڤالوار ص ١٢٨ — تامبال ص ١٥٩ وما بعدها — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٥ — فقرة ٦٠ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٨٣ — ص ٨٥ الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٦٦) .

وهذه لها خصائص ، من أهمها أنها عقد شكلى[1] وقد يكون عينيا فى المنقول كما سنرى ، وأنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب فلا يلتزم الموهوب له بشىء إلا إذا اشترط العوض فتكون الهبة ملزمة للجانبين ، وأنها عقد تبرع[2] إذ من مقوماتها نية التبرع كما قدمنا .

ويجوز أن تستر الهبة وصية ، وقد رأينا فى عقد البيع كيف يستر البيع الوصية ، فكذلك الهبة . ويعمد الموصى إلى إفراغ وصيته فى صورة هبة ، ويشترط عادة استبقاء المنفعة وعدم تصرف الموهوب له فى العين الموهوبة . فإذا استخلص القاضى من ظروف التعاقد أن التصرف الحقيقى هو وصية يسترها عقد الهبة ، أجرى عليها أحكام الوصية فلا تنفذ بغير إجازة الورثة إلا فى ثلث التركة[3] . ولكن الذى يقع عادة فى العمل هو ستر الوصية ببيع لا بهبة ، فالبيع أكثر صلابة من الهبة فى ستر الوصية ، وقد بسطنا القول فى ذلك عند الكلام فى البيع .

---

(١) وقد فرضت الشكلية لأن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل ، وهذا ضار به وبورثته من بعده . فالتصرف خطير ينبه المشرع إلى خطره عن طريق اقتضاء الرسمية فيه ، حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف ، وهل يمضى فيه أو ينثنى عنه .

(٢) ولما كانت الهبة تبرعاً فقد اشترطت فيها الشكلية لخطرها . كذلك اشترطت فيها أهلية خاصة ، فأهلية التبرع أضيق بكثير من أهلية التصرف . وجعلت هبة المال المستقبل باطلة ، وجعل الغلط فى الشخص جوهرياً ، وخف ضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وجاز الرجوع فيها إلا لمانع ، ويسر فيها الطعن بالدعوى البولصية . وكل هذه أحكام ترد إلى أن الهبة خروج عن المال دون مقابل ، فوجب أن يقوم فى شأنها من التحوطات ما لا يقوم فى شأن المعاوضات .

(٣) وقد تستر الهبة أو الوصية وقفاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تصرف مسيحى بالوصية والإيهاب والوقف على الكنائس والفقراء وعلى بناته ، على أن كل من ماتت من بناته يكون نصيبها لأولادها بالتساوى ، فإن لم يكن لها ولد فيكون نصيبها إلى أخواتها ، وهكذا إلى إنقراض الذرية ، فيكون ما أوصى به وقفاً مؤبداً وحبساً مخلداً يصرف ريعه على جهات البر المعينة ، فإن هذا التصرف ليس وصية ، بل هو فى الواقع وقف مضاف إلى ما بعد الموت ، لأن القانون المصرى لا يعرف الوصية بحق الانتفاع المؤبد إلا إذا أخرجها الموصى مخرج الوقف بالأوضاع المعروفة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص٤٠٤) .

ويجوز أن يستر البيع الهبة ، ليكون العقد هبة فى صورة بيع ، ويذكر فى العقد ثمن صورى لا ينوى البائع أن يتقاضاه ، فيكون العقد فى هذه الحالة هبة لا بيعاً[1] ، تجرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولكنه يعفى من الرسمية على النحو الذى سنبسطه فيما يلى :

ويجوز أن يلتبس البيع بالهبة إذا كانت الهبة مقترنة بعوض . وما دام العوض أقل قيمة من الموهوب ، فالفرق هبة . ولكن إذا كان العوض يعادل قيمة الموهوب أو يقاربها ، فالعقد معاوضة لا هبة ، ويكون بيعاً أو مقايضة بحسب طبيعة العوض .

٧ – الهبة فى التقنين المدنى الجديد لا تتصل بالميراث – الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسى : ويلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد نظم عقد الهبة تنظيما كاملا كما سنرى . وقد اقتبس كثيراً من أحكامه من الفقه الإسلامى لا من القانون الفرنسى ، واقتبس بوجه خاص من الفقه الإسلامى أن الهبة لا تتصل بالميراث كما تتصل فى القانون الفرنسى .

ففى القانون الفرنسى تتصل الهبة اتصالا وثيقاً بالميراث ، إلى حد أنه يتقرر على الموهوب له للورثة حقان : حق الرجوع (droit de ropport) إذا كانت الهبة لوارث فيجب على الموهوب له الوارث أن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه ، وحق

---

(١) نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٢ ص ٢٩٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ – ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ – ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ – ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ .

والواقع من الأمر أن الهبة السافرة نادرة فى التعامل ، وأكثر ما يقع هو أن تستتر الهبة فى صورة بيع ، فتعفى من الرسمية . بل قد تكتب الهبة المستترة بالبيع فى ورقة رسمية . ويقصد من سترها بالبيع هو أن تكسب صلابة عقود المعاوضة ولو فى الظاهر .

الإنقاص (droit de réduction) إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية . فالهبة والوصية فى القانون الفرنسى متصلتان على هذا النحو اتصالا وثيقاً بالميراث .

أما فى الشريعة الإسلامية ، وقد سار على غرارها التقنين المدنى المصرى ، فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة فى مرض الموت ، وعند ذلك يكون لها حكم الوصية ولا تجوز إلا فى الثلث . وليس هذا خاصاً بالهبة وحدها ، بل كل تصرف يصدر فى مرض الموت على سبيل التبرع يكون له حكم الوصية . فإذا صدرت الهبة فى صحة الواهب . لم يكن لها حكم الوصية ولم تتصل بالميراث ، بل يجوز للشـــخص أن يهب جميع أمواله ولو لوارث ولا يتقيد بالثلث . ذلك أن الهبة تجرد عن المال فى الحال ، فاعتمدت الشريعة الإسلامية فى الحد من الإسراف فى الهبة على الطبيعة البشرية إذ لا تطيب نفس الإنسان عن التجرد عن ماله فى الحال إلا بقدر . أما الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت ، فلا يبالى الإنسان أن يخرج عن كل ماله ما دام ذلك لا ينفذ إلا بعد موته ، فوجب الحد من الإسراف فى الوصية لحماية الورثة ، فتقيدت بالثلث على ما قدمنا

٨ — **تنظيم عقد الهبة فى التقنين المدنى السابق** : لم يتناول التقنين المدنى السابق عقد الهبة بتنظيم شامل ، بل اقتصر على إيراده ضمن أسباب نقل الملكية . وعنى بوجه خاص بالشكل الذى يجب أن تفرغ فيه الهبة ، فذكر أنها لا تتم إلا بورقة رسمية ، ما لم تكن مستترة تحت اسم عقد آخر ، أو كانت هبة منقول فيجوز أن تتم بالقبض (م ٤٨ / ٧٠ — ٤٩ / ٧١) . ثم ذكر بعض أحكام موضوعية متناثرة ، بعضها يتصل بموت الواهب أو فقده لأهليته قبل قبول الهبة (م ٥٠ / ٧٢) ، وبعضها يتصل بقبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد مات قبل القبول (م ٥١ / ٧٣) ، وبعضها يتصل بالهبة والوقف إضراراً بحقوق الدائنين (م ٥٣ / ٧٦ و م ٧٤

مختلط) . وقد قصد التقنين المدنى السابق أن يكل بقية الأحكام الموضوعية فى الهبة إلى الفقه الإسـلامى ، إذ اعتبرها من موضوعات الأحوال الشخصية[١] .

وهذا التنظيم غير الشامل لم يكن له مبرر ، بل إن وضع الهبة ضمن أسباب نقل الملكية لم يكن له محل بعد أن تقدم ذكر العقد ، فالهبة تنقل

---

(١) الأستاذ محمد كامل مرسى فى الأموال فقرة ٦٠٨— فقرة ٦٠٩ ، وفى العقود المسماة ٢ فقرة ١ — فقرة ٢ — دى هلتس ٢ لفظ donation فقرة ٥ . وقد كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر . . فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملا أومطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً ، أوكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية ، لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية — وكلها من عقود التبرعات — تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة . فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصراً دينياً ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) .

على أنه لم يكن يخرج من اختصاص القاضى الأهلى استظهار نية المورث فى العقد ، هل كانت نية البيع أو الهبة أو الوصية (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧ — ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وكانت الهبة محكومة بقانونين لكل مجاله فى التطبيق : القانون المدنى فيما أورده من أحكام لها بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزامات ، وقانون الأحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها (نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠ — ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

الملكية كعقد فذكر العقد يغني عن ذكرها . وكان الأولى نقل الهبة من هذا الموضع إلى مكانها الطبيعي بين العقود المسماة ، فتلي البيع والمقايضة ، وأن تنظم تنظيما شاملا من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع .

٩ — **تنظيم عقد الهبة في التقنين المدني الجديد** : وهذا هو ما فعله التقنين المدني الجديد . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « أهم تجديد استحدثه المشروع في عقد الهبة أنه أورد أحكامها كاملة في الشكل وفي الموضوع . والتقنين الحالي (السابق) يكاد يقتصر على إيراد أحكامها في الشكل ولم يذكر من أحكامها الموضوعية إلا الشيء القليل . وقد نظر المشروع في ذلك إلى أن الهبة عقد مالي كسائر العقود . فينبغي أن يستوفي التقنين المدني أحكامها جميعاً وأن يضعها في مكانها بين العقود الأخرى ، لا كما فعل التقنين الحالي (السابق) وقد انتبذ بها مكاناً لا يخطر على البال . واستمد المشروع الأحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا حيث قننت هذه الأحكام . أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد استبقى المشروع فيها التقنين الحالي (السابق) مع شيء يسير من التعديل »(١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤١ . ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو — وإن كان تبرعاً — ملزم للمتعاقدين كسائر العقود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) .

هذا وهبة الأجنبي تكيف بحسب قانونه ، فإن كان هذا القانون يعتبر الهبة داخلة في الأحوال الشخصية طبق على هبته قانون أحواله الشخصية . وقد نصت المادة ١٤ من قانون نظام القضاء على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » . ومن ثم ينظر إلى بلد الأجنبي الصادر منه الهبة ، فإن كان هذا البلد يعتبر الهبة داخلة ضمن مسائل الأحوال الشخصية — كما هي الحال في فرنسا مثلا — سرت على هبته أحكام قانون بلاده ، وإلا اعتبرت هبته من المعاملات المدنية وسرى عليها ما يسري على سائر العقود : =

١٠ – خطة البحث : ونبحث عقد الهبة فى فصلين متعاقبين ، الأول منهما فى أركان الهبة ، والثانى فى أحكامها وتشمل الآثار التى تترتب عليها وجواز الرجوع فيها .

= نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ – استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ (القانون اليونانى) – ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ (القانون اليونانى) – ٣ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٦ (القانون اليونانى) – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٧ (القانون الإيطالى) – ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨١ (القانون الإيطالى) – أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٥ (القانون الإيطالى) – محكمة الإسكندرية المختلطة ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٩ ص ٣٦٠ – ٦ يونيه سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٣ مكررة . وإذا وقعت الهبة على عقار ، فقانون محل العقار هو الذى يسرى : استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣ .

الفصـــل الأول

أركان الهبـــة

١١ — **أركانه ثلاثة** : للهبة ، كما هو الأمر في سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب :

وسنسير في بحث التراضي والمحل على الخطة التي اتبعناها في عقد البيع ، ولكن في شيء من الإيجاز . ولم نفرد للسبب بحثاً في عقد البيع ، ولكن نخصه هنا بكلمة موجزة لأهميته في عقود التبرع :

الفرع الأول

التراضي في عقد الهبة

١٢ — **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : للتراضي في عقد الهبة شروط انعقاد وشروط صحة ، شأنها في ذلك شأن سائر العقود .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٣ — **الموضوع والشكل** : الهبة تنعقد بإيجاب وقبـــول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له ، وهذا هو الانعقاد من حيث الموضوع . ولكن الهبة عقد شكلي كما قدمنا ، فللشكل أهمية بالغة في خصوصها ، وهي لا تنعقد إلا إذا استوفت أيضاً الشروط الشكلية .

المطلب الأول

تطابق الإيجاب والقبول فى الهبة

١٤ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٥ / ١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٦ / ١ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٥٠٧ — ٥٠٨[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/٦٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥١٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٤٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٤٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٤٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل ، وقارب المادة ٦٠١ وقد سبق ذكرها . انظر فقرة ١ فى الهامش . (وحكم التقنين العراقى متفق مع حكم التقنين المصرى ، فالهبة عقد لا بد فيه من قبول الموهوب له : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

م ٥٠٧ : تتم الهبة وتنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة ، عند ما يقف الواهب على قبول الموهوب له مع الاحتفاظ بتطبيق الأحكام الآتية .

م ٥٠٨ : يبقى للواهب حق الرجوع عن العوض مادام القبول لم يتم . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

١٥ — تطبيق القواعد العامة : تسرى القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد فى تطابق الإيجاب والقبول فى عقد الهبة . فيجب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين[١] يقبله المتعاقد الآخر . وأن يكون القبول مطابقاً للإيجاب[٢] . ويجوز أن تنعقد الهبة بين غائبين . فتتم فى الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس . ونحيل فى كل ذلك إلى ما قدمناه فى نظرية العقد . وقد يسبق الهبة مرحلة تمهيدية ، هى الوعد بالهبة .

والذى نقف عنده فى كل ذلك مسألتان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد الهبة بالذات : (١) قبول الهبة من الموهوب له ، إذ العادة أن الواهب هو الذى يبدأ الإيجاب فيقبل الموهوب له . (٢) الوعد بالهبة .

§ ١ — قبول الموهوب له للهبة

١٦ — لا بد من القبول إذ الهبة عقد : جاء النص (م ١/٤٨٧ مدنى السالفة الذكر) صريحاً فى أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتم . والسبب فى ذلك أن هناك شبهة فى أن تتم الهبة بإيجاب الواهب وحده أى بإرادته المنفردة فهو المتبرع بماله ، أما قبول الموهوب له فقد لا تكون هناك حاجة إليه ، إذ الهبة نافعة له نفعاً محضاً . وكل ما يحتاج إليه هو أن يقر الهبة ، كما يقر الموصَى له الوصية وكما يقر المنتفع الاشتراط لمصلحته ،

---

(١) وإذا صدر الإيجاب من الواهب ، وجب أن تكون نية الهبة واضحة إذ هى لا تفترض (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٢٩٠) .

(٢) فإذا قرر المعطى أنه يعطى على سبيل الهبة ، وقرر المعطى له أنه يقبض على سبيل آخر ، فلا هبة (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤) .

حتى لا يتملك حتماً دون رضاه . فجاء النص قاطعاً كما قدمنا فى أن هذا غير صحيح ، فالهبة عقد لا إرادة منفردة ، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له للهبة ومن وقت هذا القبول[1] .

والسبب فى جعل الهبة عقداً . واستلزام قبول الموهوب له ، أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل ، وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب . وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة ، كما إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها .

وفى الفقه الإسلامى ذهب أبو حنيفة وصاحباه استحساناً إلى أن القبول ليس بركن فى الهبة . وإنما هو لازم لثبوت حكمها لا لوجودها فى ذاتها ، وحكمها هو نقل الملك إلى الموهوب له . والقياس أن يكون القبول ركناً فى الهبة ، أى فى وجودها لا فى ثبوت حكمها فحسب . فلا تتم إلا بالقبول لأنها عقد من عقود التمليكات كالبيع . وهذا هو قول زفر[2] .

١٧ — *القبول ركن موضوعى لا ركن شكلى* : قبـــول الهبة فى القانون الفرنسى ينطوى على ضرب من الشكلية ، فهو لابد أن يكون قبولا

---

(١) وقد يكون القبول ضمنياً ، كما إذا قبض الموهوب له الشىء الموهوب . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الهبة فى الأموال المنقولة تقع صحيحة بدون حاجة إلى تحرير عقد وسمى بها إذا تسلم الموهوب له المال الموهوب من الواهب بالفعل ، لأن القبض هنا يقوم مقام القبول (٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٧٧ ص ٥٦٨) .

(٢) ونصت المادة ٨٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « الهبة ما بين الأحياء تصرف (acte) ولم يقل النص إن الهبة عقد (contrat) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الفرنسى يقول إن الهبة عقد . ولكن عندما نظر هذا المشروع أمام مجلس الدولة ، لاحظ القنصل الأول — بونابرت — أن الهبة لا تلزم إلا الواهب فالأولى أن تعرف بأنها تصرف لا عقد . وقد أخذ بهذه الملاحظة فعرفت الهبة بأنها تصرف . والملاحظة لا محل لها . فإن الهبة وإن كانت لا تلزم إلا الواهب ، إلا أنها لا تتم إلا بإيجاب وقبول ، فهى إذن عقد وإن كان ملزماً لجانب واحد (انظر أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٦ هامش رقم ١ — بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٣) .

صريحاً (م ١/٩٣٢ مدنى فرنسى)[1] . أما فى القانون المصرى فلا نص على وجوب أن يكون القبول صريحاً ، فيصح أن يكون ضمنياً . بل إن مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب ، إذا تمحضت الهبة لمنفعته ، يعتبر قبولا[2] ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨ مدنى على ما يأتى : « ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »[3] . أما إذا كانت الهبة بعوض ،أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزاماً ، فإن السكوت فى هذه الحالة لا يعد قبولا إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فى وقت مناسب (م ١/٩٨ مدنى) .

ولا بد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، وإلا لم تنعقد الهبة . فلو أعطى الواهب على سبيل الهبة ، وقبل الطرف الآخر على سبيل الإعارة ، لم تنعقد الهبة ولا الإعارة . والعكس صحيح ، بأن أوجب الطرف الأول على سبيل الإعارة وقبل الطرف الآخر على سبيل الهبة[4] .

١٨ — رجوع الواهب فى الهبة قبل وصول القبول إلى علمه :

والقبول — ككل تعبير عن الإرادة — لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم الواهب ، ويعتبر وصوله إلى الواهب قرينة على العلم به ،

---

(١) أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٨ — فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ — استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ رقم ٣٤٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « لابد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول ، على أية صورة كانت ، ضرورى ، لأن الهبة عقد لابد فيه من اقتران إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦) .

(٤) استئناف أهلى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ١٦) .

ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٩١ مدنى) . فإذا صدر إيجاب من الواهب ، ولم يكن الإيجاب ملزماً ، فإن الواهب له أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذى يصل فيه قبول الموهوب له إلى علمه ، وبشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب . ففى هذه الحالة لا تتم الهبة ، لأن القبول وقت أن يصل إلى علم الواهب لم يصادف إيجاباً قائماً ، فلم يقترن القبول بالإيجاب[1] . وإنما يصح أن يكون هذا القبول إيجاباً جديداً من الموهوب له . فإذا تدبر الواهب الأمر فقبله واعتزم المضى فى الهبة ، فإن قبول الواهب هو الذى يقترن بإيجاب الموهوب له فتتم الهبة إذا استوفت شروطها الأخرى .

١٩ — موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له : وإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له ، فإن ذلك لا يمنع من اتصال الإيجاب بعلم الموهوب له وقبول هذا للهبة . ولكن القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الواهب ، وهذا قد مات أو فقد أهليته فيستحيل علمه بالقبول ، ومن ثم لا تتم الهبة[2] . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى قررها التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٢ منه[3] .

---

(١) وللواهب ، قبل وصول قبول الموهوب له إلى علمه ، بأن يتصرف فى المال الموهوب ، وأن ينقله برهن أو بحق ارتفاق أو بغير ذلك من الحقوق العينية ، وتنفذ هذه التصرفات فى حق الموهوب له حتى بعد قبوله الهبة (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١) .

(٢) وهذا ما لم يكن إيجاب الواهب ملزماً ، بأن حدد الواهب ميعاداً للقبول أو استخلص هذا الميعاد من ظروف الحال (م ٩٣ مدنى) ، فعند ذلك ينتقل الالتزام إلى ورثته ، فإذا وصل قبول الموهوب له إلى علمهم أنتج أثره . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يجعل الإيجاب ملزماً دائماً ، ورتب على ذلك أن يبقى الإيجاب قائماً حتى بعد موت الموجب أو فقد أهليته ، فإذا علم الورثة بالقبول أنتج القبول أثره (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ١٨٧ هامش رقم ١ — وإذا لم تتم الهبة لموت الواهب قبل =

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى السابق . إلا أن التقنين السابق كان يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقتران القبول به . فلا يستطيع الموهوب له أن يقبل الهبة بعد موت الواهب أو بعد فقده لأهليته . وقد ورد فى التقنين المدنى السابق نص صريح فى هذا المعنى . إذ كانت المادة ٥٠ / ٧٢ من هذا التقنين تنص على أن « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له »[١] .

٢٠ — موت الموهوب له أو فقده لأهليته قبل القبول : أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ولكن بعد أن صدر إيجاب الواهب . فإن الهبة لا تتم ، لأن الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله إذ الهبة أمر خاص بشخص الموهوب له فلا تحل ورثته محله فى القبول[٢] .

= وصول القبول إلى علمه ، ألايجوز أن تتحول هذه الهبة الباطلة إلى وصية تجوز فى ثلث التركة وذلك طبقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ؟ اختلف الفقه فى فرنسا ، فبعض يقول بتحول الهبة إلى وصية (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩٦) ، وبعض يقول بعدم التحول (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦) . ونميل إلى الرأى الأول ، فتتحول الهبة إلى وصية فى القانون المصرى ، لأن التقنين ، المصرى يعرف نظرية تحول التصرفات الباطلة وقد ورد فيها نص خاص ، بخلاف التقنين المدنى الفرنسى .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت اللائحة التأسيسية للاتحاد الأرمنى العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسى للاتحاد ، وكان المستفاد من نصوصها أنها فصلت بين قبول الهبات وبين قبضها واعتبرت الأمر الأخير مجرد واقعة مادية لا تغنى عن التصرف القانونى وهو القبول ، فإنه يصبح واجباً بيان ما إذا كان المجلس الرئيسى قد قبل الوصية التى قبضها المجلس المحلى وذلك قبل وفاة الواهب ، حتى يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان ٤٨ و ٥٠ مدنى قديم (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٠ ص ٢٨٤ — وانظر استئناف وطنى ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤٧ ص ٤٤٩ — استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٥٠ ص ٣٠٢) .

وهذا هو أيضاً الحكم فى القانون المدنى الفرنسى (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦٥) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ وبوجه خاص ص ١٨٨ هامش =

ولكن التقنين المدنى السابق كان يورد حكماً مخالفاً لما تقدم ، فكانت المادة ٥١ / ٧٣ من هذا التقنين تنص على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه »[1] . ولما كان حكم التقنين المدنى الجديد مستحدثاً ، فإنه لا يسرى إلا من وقت نفاذه . فإذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ، وكان الموت أو فقد الأهلية قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه أن يقبلوا الهبة تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته فى تاريخ غير سابق على يوم ١٥

= رقم ١ – وهذا هو أيضاً حكم القانون المدنى الفرنسى (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦٦) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا مات الموهوب له أوفقد أهليته قبل القبول ، فالشريعة الإسلامية على أن الإيجاب يسقط : م ٨٣ مرشد الحيران . ولكن التقنين الحالى (السابق) يبيح القبول للورثة أو لنائب الموهوب له ، خلافاً للأصل الذى جرى عليه من أن الإيجاب يسقط بالموت أو بفقد الأهلية . أما المشروع . فإن هذا الحكم يجرى فيه على أصل من أصوله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦) . وظاهر من العبارة الأخيرة الواردة فى المذكرة الإيضاحية أن أصلا من أصول هذا المشروع التمهيدى كان يقضى بنفس الحكم الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فيجوز لورثة الموهوب له أو لنائبه قبول الهبة بعد موت الموهوب له . وكان هذا الأصل فعلا مقرراً فى المشروع التمهيدى ، إذ كانت المادة ١٢٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو وجه إليه هذا التعبير قد مات أوفقد أهليته » . فكان المشروع التمهيدى يبيح لورثة من وجه إليه التعبير أو لنائبه – أى لورثة الموهوب له أو نائبه – أن يصدر منهم القبول بدلا من الموهوب له بعد موت هذا أو فقده لأهليته ، ولكن المشروع التمهيدى عدل فى لجنة المراجعة ، وحذفت عبارة « أو وجه إليه هذا التعبير » . فأصبح لا يجوز لورثة الموهوب له أو لنائبه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقده لأهليته (انظر الوسيط جزء أول ص ١٨٦ هامش رقم ١ . وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٣١ هامش رقم ١) .

أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هي التي تسري ، ولا يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه في هذه الحالة أن يقبلوا الهبة .

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ولكن قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الواهب ، فإن القبول يبقى قائماً (م ٩٢ مدني) وينتج أثره إذا اتصل بعلم الواهب ، فتتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له . ولا يمنع من ذلك أن الهبة موجهة إلى شخص بالذات وقد مات أو فقد أهليته ، فإن هذا الشخص قد قبل الهبة فعلا وبقي قبوله قائماً بالرغم من موته أو فقده لأهليته وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، وأنتج القبول القائم أثره بمجرد وصوله إلى علم الواهب(١) .

٢١ — القبول الصادر من غير شخص الموهوب له : وقد يصدر قبول الهبة من غير شخص الموهوب له ، ويتحقق ذلك إذا صدر القبول من نائبه (م ٤٨٧ / ١ مدني) . والنائب إما أن يكون نائباً نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في أهلية الموهوب له . وإما أن يكون نائباً نيابة اتفاقية وهذا هو الوكيل .

والوكالة في الهبة يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في عقد الهبة نفسه ، فإذا وكل الواهب وكيلا ليهب مالا له نيابة عنه وجب أن تكون

---

(١) انظر في المعنى الذي نقول به أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ — ديمولومب ٢٠ فقرة ١٤٠ — بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٧٠ — كولان وكابيتان ٣ فقرة ١٦١٠ — وانظر عكس ذلك لوران ١٢ فقرة ٢٦٦ — بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٢٨ — الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٣١ بالنصف الثاني من هامش رقم ١ — الأستاذ أكثم الخولي الخولي فقرة ٦٩ ص ١٠٣ — ويلاحظ أن الرأي المعارض في الفقه الفرنسي يستطيع أن يستند إلى نص لا مقابل له في التقنين المدني المصري ، هو نص المادة ٢/٩٣٢ من التقنين المدني الفرنسي ، ويقرر أن الهبة لا تنتج أثراً بالنسبة إلى الواهب إلا من وقت إخطاره بقبول الموهوب له .

الوكالة فى ورقة رسمية ، ولكن إذا وكل الموهوب له وكيلا ليقبل عنه الهبة جاز أن يكون التوكيل فى ورقة عرفية لأن قبول الهبة المنفصل لا تشترط فيه الرسمية(١) . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٧٠٠ مدنى إنه « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . ولا بد من وكالة خاصة فى الهبة والاتهاب ، ويجب أن يذكر فى هذه الوكالة المال الموهوب فتتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره . وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٧٠٢ مدنى فى هذا المعنى على أنه « (١) لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء . (٢) والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

ولا يجوز لأجنبى ، غير نائب عن الموهوب له لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية ، أن يقبل الهبة عنه ، إلا بطريق الفضالة إذا تحققت شروطها(٢) . ويترتب على ذلك أنه لو كان الموهوب لهم متعددين وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب بعض ، لم يستطع الحاضرون أن يقبلوا عن الغائبين ما دام ليس عندهم توكيل بالقبول وما داموا لا ينوبون عن الغائبين نيابة قانونية . وإنما يستطيع أجنبى أن يتعهد عن الموهوب له بأنه يقبل الهبة ، ويكون هذا تعهداً عن الغير فتسرى قواعده . ومقتضى هذه القواعد أن الأجنبى الذى تعهد بأن يقبل الموهوب له الهبة لم يلزم هذا الأخير بالقبول ، وإنما ألزم نفسه بأن

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن الفضالة لا تجوز أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٧٤ .

يحصل على قبول الموهوب له بالهبة . فلا يلتزم الموهوب له إذن بالقبول ، وله إما أن يقبل الهبة فتتم وإما أن يرفضها فتسقط[1] .

ولما كان قبول الهبة أمراً شخصياً خاصاً بالموهوب له ، فقد تقوم عنده اعتبارات أدبية تدفعه إلى عدم قبول الهبة ، وهو وحده الذى يستطيع تقدير هذه الاعتبارات ، فإنه إذا لم يقبل الهبة لم يجز لدائنيه أن يستعملوا حقه فى القبول وأن يقبلوا نيابة عنه[2] . وإذا رفض الموهوب له الهبة ، لم يجز لدائنيه أن يطعنوا فى هذا الرفض بالدعوى البولصية ، لأن الرفض لا يتضمن معنى الافتقار بل هو امتناع عن الإثراء .

§ ٢ — الوعد بالهبة

٢٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية »[3] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص[4] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ — بلانيول ريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٦٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٧٢ — فقرة ٢٧٥ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation ص ٤٧٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بالكتابة ، وذلك مع عدم الإخلال بنص المادة ١٥٠ فقرة ثانية » . وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة بما يجعل الوعد بالهبة فى كل من العقار والمنقول لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥١٧ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٣ — ص ٢٥٥) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى الأموال فقرة ٦٣٩ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٥٤ ص ٩٣ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٩ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥١١[1] .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لنص أعم منه ، هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى ، ويجرى على الوجه الآتى : « وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

ويمكن قياس الوعد بالهبة على الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فيوجد وعد بالإيهاب ووعد بالاتهاب . ونبحث ذلك فى المسائل الآتية : (١) صور للوعد بالإيهاب . (٢) صور للوعد بالاتهاب . (٣) كيف ينعقد الوعد بالهبة إيهاباً واتهاباً . (٤) الأثر الذى يترتب على الوعد بالهبة إيهاباً واتهاباً .

٢٣ — صور للوعد بالإيهاب : يتحقق ذلك عملا فى هبة المال المستقبل وفى هبة المال غير المملوك للواهب . فإذا فرض أن شخصاً يريد أن يهب آخر داراً مثلا ولكنه لم يشرع فى بنائها ، فإنه لا يستطيع أن يهب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل . ولكن الحكم متفق بالتطبيق للمادة ٢/٩١ مدنى عراقى .

تقنين للموجبات والعقود اللبنانى م ٥١١ : لا يصح الوعد بالهبة إلا إذا كان خطياً ، ولا يصح الوعد بهبة عقار أو حق عقارى إلا بقيده فى السجل العقارى . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى أن الوعد بالهبة عقد شكلى ، ويختلفان فى كيفية الشكل . فى مصر الشكل ورقة رسمية دائماً للعقار والمنقول ، أما فى لبنان فالشكلية ورقة عرفية يضاف إليها القيد فى السجل العقارى للعقار) .

الدار فوراً لأن المادة ٤٩٢ مدنى تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » . وهو لا يريد أن ينتظر حتى يفرغ من بناء الدار ثم يهبها ، حتى لا يواجه المستقبل بما يتضمنه من احتمالات . فليس أمامه فى هذه الحالة إلا أن يعد بهبة الدار على أن تتم الهبة عند الفراغ من بنائها ، ويقبل الآخر هذا الوعد ، فيتقيد به الواعد منذ صدور الوعد . ويكون قد تم فى هذه الحالة وعد بإيهاب قبله الموعود له ، فلو مات الواعد قبل الفراغ من بناء الدار ، ثم تم بناؤها ، استطاع الموعود له أن يبدى رغبته فى استنجاز الوعد ، فتتم الهبة بإرادته وحده . وتنفذ فى حق ورثة الواعد . وكذلك الأمر لو أن الدار الموعود بإيهابها موجودة حالا وقت الوعد ولكنها غير مملوكة للواعد ، فإن هذا لا يستطيع أن يهبها فى الحال لأن هبة مال الغير لا تنفذ فى حق المالك الحقيقى (م ٤٩١ مدنى) ، فيتريث الواعد حتى يملك الدار ثم يهبها . ولكنه يستطيع أن يعد فوراً الطرف الآخر بهبة الدار عند تملكه لها ، فيقبل الموعود له الوعد بالإيهاب ، على أن يصبح هذ الوعد هبة كاملة إذا ملك الواهب الدار وأبدى الموعود له رغبته فى استنجاز الهبة .

ويتسع ميدان الوعد بالإيهاب إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات . مثل ذلك أن يعد شخص آخر بإيهاب دار إذا هو دفع له إيراداً مرتباً طول الحياة ، فيقتصر الموعود له على أن يتقبل هذا الوعد بالإيهاب ، حتى يتدبر الأمر قبل أن يلتزم بالعوض ، فإذا استقر رأيه على القبول أبدى رغبته فى ذلك . ومثل ذلك أيضاً أن يعد شخص جمعية خيرية بأن يهب لها مبلغاً من المال على أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك ، فتقتصر الجمعية على قبول هذا الوعد حتى تتدبر أمرها ، فتقبل أو ترفض .

٢٤ - صور للوعد بالاتهاب : ويمكن أن نورد صوراً للوعد بالاتهاب مماثلة لبعض صور الوعد بالإيهاب . فيجوز أن يعد شخص آخر

بقبول هبة داره على أن يرتب للواهب إيراداً طول حياته ، فيقتصر صاحب الدار على قبول هذا الوعد بالاتهاب حتى يتدبر الأمر . فهنا انعقد وعد بالاتهاب ملزم لجانب الواعد وحده ، دون أن يلزم الموعود له صاحب الدار . وكذلك الحال لو أن الجمعية الخيرية هى التى تقدمت ووعدت بأن تقبل هبة من شخص على أن تنشئ مستشفى ، فيقتصر الموعود له على هذا الوعد بالاتهاب ، ثم ينظر هل يقبل أن يهب أو لا يقبل[1] .

٢٥ — *كيف ينعقد الوعد بالهبة* : والوعد بالهبة — سواء كان وعداً بالإيهاب أو وعداً بالاتهاب — ينعقد إذا عينت المسائل الجوهرية لعقد الهبة المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ١٠١ مدنى إذ تقول : « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا

---

(١) أما التزام شخص بمبلغ معين يدفعه لآخر على سبيل الهبة ، فهذا هو هبة كاملة لا مجرد وعد بهبة . فإذا صرح الملتزم بأن الالتزام على سبيل الهبة ، وجب أن يكتب الالتزام فى ورقة رسمية حتى تستكمل الهبة الشكل الواجب (استئناف مختلط ٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) . وإذا ستر الملتزم الهبة تحت اسم عقد آخر ، بأن قرر مثلا أن المبلغ الذى التزم به هو قرض أو وديعة أو نحو ذلك ، أعفيت الهبة من شرط الرسمية ، لأنها تكون هبة مستترة تحت اسم عقد آخر .

وكذلك الحكم إذا اكتتب شخص فى مشروع على سبيل التبرع . فإذا كان الاكتتاب مصحوباً بالدفع فى الحال فهو هبة يدوية . وإذا كان تعهداً فى اشتراط لمصلحة الغير ، فهو هبة غير مباشرة . أما إذا لم يكن هذا ولا ذاك ، بل كان التزاما بدفع مبلغ على سبيل التبرع أو وعداً بهبة هذا المبلغ ، فلابد من الورقة الرسمية . هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٥) . ولكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن العرف جرى بأن الاكتتاب لا يكون عادة فى ورقة رسمية ، ومن ثم يكون ملزماً حتى لولم يستوف هذا الشكل (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٥ — بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٤١٨ — چوسران ٣ فقرة ١٣٣٧ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٩١ — ولكن قارن أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٣٥) — وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاكتتاب يكون ملزماً حتى لولم يكتب فى ورقة رسمية (نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٢٠) .

المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها »[1] . فالوعد بالهبة عقد كامل لا مجرد إيجاب ، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى

ولما كان الوعد بالهبة هو تمهيد لعقد الهبة النهائى ، وجب أن يكون السبيل مهيأ لإبرام عقد الهبة النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، بأن يشتمل الوعد على جميع المسائل الجوهرية فى الهبة المراد إبرامها . وهذه المسائل الجوهرية هى بيان المال الموعود بهبته بياناً كافياً ، ولا يشترط أن يكون هذا المال موجوداً وقت الوعد ، وإنما يشترط وجوده وقت ظهور رغبة الموعود له فى إبرام الهبة وإلا كانت الهبة باطلة . كما لا يشترط أن يكون المال مملوكاً وقت الوعد للواعد فى حالة الوعد بالإيهاب ، أو للموعود له فى حالة الوعد بالاتهاب ، وإنما يشترط أن يكون مملوكاً لكل منهما وقت ظهور الرغبة ، وإلا لم تنفذ الهبة فى حق المالك الحقيقى وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له . كذلك يجب أن يبين فى الوعد إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بعوض أو تكاليف والتزامات ، وما هو هذا العوض أو هذه التكاليف والالتزامات . ويجب أخيراً تعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام عقد الهبة ، ويقع هذا التعيين صراحة أو دلالة . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلفت الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

ويجب أن يكون الوعد بالهبة — إيهاباً أو اتهاباً — فى ورقة رسمية ، كما يقضى بذلك صريح نص المادة ٤٩٠ مدنى سالفة الذكر ، وإلا لم ينعقد الوعد . ومن ثم يقع الوعد بالهبة غير المكتوب أصلا أو الثابت فى ورقة

---

(١) انظر فى تاريخ هذا النص وفى شرحه الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٤ .

عرفية باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً ، لأن هذا يقتضى تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الهبة ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الهبة ، لأن الوعد بالهبة باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتوٍ أن يصل الشخص إلى إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر على وعد بالهبة غير رسمى يصل به إلى حكم يقوم مقام الهبة(١) .

والأهلية المطلوبة للهبة يجب أن تتوافر فى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون فى هذا الوقت أهلا للإيهاب أو للاتهاب . ولو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك . إذ أن الهبة النهائية تتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون غير أهل وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك أنه لا يلتزم بشىء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائى . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً(٢) .

٣٦ — الأثر الذى يترتب على الوعد بالهبة : إذا انعقد الوعد بالهبة صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن

---

(١) ولكن يجوز أن يعتبر الوعد بالهبة غير المكتوب فى ورقة رسمية عقداً غير مسمى تم بإيجاب وقبول ، ورتب التزاما شخصياً فى ذمة الواعد ، ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، وبخاصة فى حالة الوعد بالإيهاب فإن الموعود له إذا لم يحصل على المال الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض (الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٥ — ولكن قارن أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٤٥ حيث يذهب إلى أن الأمر بالإيهاب فى غير ورقة رسمية باطل ولا يوجب تعويضاً ، لأن الوعد تبرع خلا مما يحمى إرادة المتبرع وهى الورقة الرسمية) .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٣ — فقرة ١٣٦ .

نميز فيه بين مرحلتين ، يفصل بينهما ظهور رغبة الموعود له فى إبرام الهبة نهائياً :

فى المرحلة التى تسبق ظهور الرغبة لا يكسب الوعد الموعود له إلا حقاً شخصياً ، ولا يرتب فى ذمة الواعد إلا التزاما . فالواعد وحده ، سواء كان واعداً بالإيهاب أو واعدا بالاتهاب ، يترتب فى ذمته التزام شخصى هو أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، فيهب المال الموعود بإيهاب أو يقبل أن يوهب إليه ، وهذا التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشىء . ويترتب على ذلك أن الواعد بالإيهاب يبقى مالكا للشىء الذى وعد بإيهابه طوال هذه المرحلة الأولى ، وله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائى ، ويسرى تصرفه فى حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع الواعد بالإيهاب العقار الموعود بإيهابه إلى آخر أو وهبه إياه وسجل المشترى أو الموهوب له الثانى التصرف الصادر إليه ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد . بل إن الموعود له لا يرجع بتعويض إذا كان الواعد بالإيهاب فى حالة من الحالات التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة وسنبسطها فيما بعد ، ذلك أنه يجوز الرجوع فى الوعد بالإيهاب حيث يجوز الرجوع فى الهبة نفسها[1] .

أما المرحلة الثانية فتحل بظهور رغبة الموعود له فى إبرام الهبة فى خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة ، سقط الوعد بالهبة : أما إذا ظهرت ، فإن الهبة النهائية تتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد ، وتعتبر الهبة النهائية قد تمت من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد . غير أن ظهور رغبة الموعود

---

(١) وقد قررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم صراحة إذ تقول : « يجوز الرجوع فى الوعد على النحو الذى يجوز فيه الرجوع فى الهبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٥) .

له ، فى حالة الوعد بالاتهاب ، يجب أن يكون فى ورقة رسمية . وإذا امتنع الواعد من تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له فى إبرام الهبة النهائية ، جاز استصدار حكم ضده ما دام الوعد مكتوباً فى ورقة رسمية ، وقام الحكم مقام عقد الهبة النهائى . وإذا كان المال الموهوب عقارا سجل الحكم ، فتنتقل الملكية إلى الموهوب له . وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٢ مدنى إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى مقام العقد »[١] .

المطلب الثانى

شكل الهبة

٢٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ — « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

٢ — « ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية[٢] .

---

(١) انظر أيضاً المادة ٢١٠ مدنى — وانظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٧ — فقرة ١٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المواد ٦٦٠ — ٦٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٦٦٠ : « ١ — تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . ٢ — على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر وفقاً لما تقضى به مصلحته . فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . م ٦٦١ : =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المـــادتين ٤٨/٧٠ — ٧١٤٩ (١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٦٠٢ — ٦٠٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٥٠٩ — ٥١٠ (٢).

= « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليما فعلياً وقبضه » . م ٦٦٢ : « إذا تمت الهبة فى صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص ، إلا الشكل الذى قد يتطلبه العقد ما بين المشترط والمتعهد » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص لاستبقاء الأحكام التى كان معمولا بها فى التقنين السابق فيما يتعلق بشكل الهبة فى العقار والمنقول والهبة المستترة والهبة اليدوية ، باعتبار أن هذه الأحكام قد ألفها المتعاملون منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها ، فأصبحت المادة ٦٦٠ مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وحذفت المادتان ٦٦١ و٦٦٢ ، الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة ٦٦٠ بعد تعديلها ، والثانية لأن حكمها وارد فى الاشتراط لمصلحة الغير . وصار رقم النص المستبق ٥١٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف النص الآتى : « مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسلم الفعلى » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها ، ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون إضافة . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته ، وأصبح رقمها ٤٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٨ — ص ٢٥١).

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٨/٧٠ : تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، وإلا كانت الهبة لاغيه .

م ٤٩/٧١ : تعتبر الهبة فى الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمى بها . إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المدنى السورى م ٤٥٦ (مطابق) .

=

§ ١ – القاعدة العامة

الرسمية أو العينية

٢٨ – مبررات الشكلية في عقد الهبة: الهبة في الأصل عقد شكلي ، وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم ، بعد أن أصبحت الكثرة الغالبة من العقود رضائية تتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذه الشكلية في عقد الهبة : ولكن يبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير ، لا يقع إلا نادراً ولدوافع قوية . وإذا كان البيع يكثر وقوعه في التعامل وهو عقد معاوضة يأخذ البائع فيه مقابلا لما أعطى ، فإن الهبة كما قدمنا عقد نادر الوقوع وبه يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل . فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر ، وتعينه الشكلية على ذلك[1] .

= التقنين المدني الليبي م ٤٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٠٢ : إذا كان الموهوب عقاراً ، وجب لانعقاد الهبة أن يسجل في الدائرة المختصة .

م ٦٠٢ : ١ – لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة

م ٦٠٣ : ١ – لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة . ٢ – وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو بعده ، وأما إذنه بالقبض دلالة فقيد بمجلس الهبة وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة .

(والتقنين العراقي يختلف عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) هبة العقار فيه لا تتم إلا بشكلية خاصة وهي التسجيل في الدائرة المختصة . (٢) هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض ، وفي مصر قد تتم أيضاً بورقة رسمية . (٣) لم تعف الهبة من الشكلية إذا استترت تحت اسم عقد آخر – انظر في ذلك الأستاذ حسن الذنون فقرة ٩ – فقرة ١٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٠٩ : تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء إلى الموهوب له .

م ٥١٠ : إن هبة العقار أو الحقوق العينية العقارية لا تتم إلا بقيدها بالسجل . (والفروق ما بين التقنين اللبناني والتقنين المصري هي ذات الفروق التي تقدم ذكرها ما بين التقنين العراقي والتقنين المصري) .

(١) وشكلية الهبة مستقرة في تقاليدنا القانونية : فقد جعل التقنين السابق عقد الهبة =

والورقة الرسمية ، بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، وما تستتبعه من جهر وعلانية ، وما تستلزمه من وقت وجهد ، نافعة كل النفع لحماية الواهب ، ولحماية أسرته ، بل ولحماية الموهوب له نفسه . فهى نافعة للواهب ، إذ هو فى الوقت الذى يتجرد فيه عن ماله دون مقابل فى حاجة كما قدمنا إلى التدبر ، ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة[1] . وهى نافعة لأسرة الواهب ، إذ الواهب وهو يتجرد عن ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقهم فى تركته . وقد يكون فى إجراءات الورقة الرسمية وعلانيتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم ، فيبصرونه بمغبة عمله . والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه ، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه .

وإذا كان القانون استغنى فى المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض ، فذلك أثر من الآثار الباقية فى إيثار العقار على المنقول فى وجوه الحماية . على أن القبض أكثر ملاءمة لطبيعة المنقول ، وهو عمل مادى كفيل أن ينبه الواهب إلى خطر أقدم عليه ، إذ يتجرد به عن حيازة الشىء الموهوب .

على أن القانون قد خفف من كل من الرسمية والعينية فى كثير من الاستثناءات سنبسطها فيما يلى ، وقد قصد من ذلك إلى تيسير التعامل ما وجد إليه سبيلا .

= عقداً شكلياً ،وقرر الفقه الإسلامى فى أكثر مذاهبه أن الهبة خلافا للبيع لا تتم إلا بالقبض .

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالأصل فى هبة العقار أن تكون بورقة رسمية ، حتى تتوافر للواهب أسباب الحرية فى عقد ينزل به عن ماله دون مقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤) ، وليس السبب فى رسمية الهبة أو عينيتها حماية ورثة الواهب فحسب كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (لوران ١٢ فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٤٢ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٢ ص ٨٧ — ص ٨٨ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٦ وفقرة ١٠٦) ، بل السبب الرئيسى هو حماية الواهب نفسه ، إذ هو يتجرد عن ماله دون مقابل .

وننتقل الآن إلى بيان شكل الهبة ، وإلى ما فرضه القانون من جزاء على هذا الشكل .

أولا — شكل الهبة

٢٩ — التمييز بين العقار والمنقول : يجب فى بيان شكل الهبة أن نميز بين العقار والمنقول . فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٨٨ مدنى التى أسلفنا ذكرها[1] .

١ — شكل الهبة فى العقار

٣٠ — أنواع الشكلية فى التشريعات المختلفة : تتفق أكثر التشريعات الأجنبية على اشتراط الشكلية فى عقد الهبة ، ولكنها تختلف فى نوع الشكلية الواجبة . ويمكن القول إن الشكلية فى هذه التشريعات على ضربين . أحدهما لا ينصب على إرادة المتعاقدين ، بل يترك التراضى فى الهبة حراً طليقاً من الشكل ، فإذا انعقدت الهبة بالتراضى كان لا بد فى تمامها على وجه بات من تصديق السلطة القضائية أو إقرار من هذه السلطة . والضرب الثانى من الشكلية ينصب على التراضى ذاته ، فلا بد من أن يصدر فى شكل خاص أمام موظف مختص ، قد يكون موثقاً للعقود ، وقد يكون أميناً للسجل العقارى ، وقد يكون أحد القضاة .

وفى الضرب الأول من الشكلية — تصديق السلطة القضائية — تختلف سلطة القاضى فى التصديق من تشريع إلى تشريع . فمن التشريعات ما يقصر

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يجعل هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية . ويجعل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض . فكانت هبة العقار عقداً شكلياً حتما ، وكانت هبة المنقول عقداً عينياً حتما (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ — وانظر آنفاً فقرة ٢٨ فى الهامش) .

مهمة القاضى على تسجيل الهبة فى سجلات المحكمة ، فليس له أن يعترض عليها إلا إذا كانت لسبب غير مشروع ، وذلك مثل تشريعات سابقة لبعض الولايات الألمانية والولايات السويسرية . ومن التشريعات ما يجعل للقاضى سلطة واسعة فى إقرار الهبة أوعدم إقرارها وقد تذهب هذه السلطة بعيدا إلى حد أن يرفض القاضى تسجيل الهبة لأنها تجرد الواهب من أسباب معيشته ، وقد كان ذلك شأن التشريعات الأسبانية والبرتغالية السابقة على التشريعات الحالية .

وقد أخذ هذا الضرب من الشكلية يختفى من التشريعات ، ويسود الضرب الثانى وهو الشكلية التى تنصب على التراضى نفسه . وأكثر ما تكون هذه الشكلية ورقة رسمية يحررها موثق للعقود مختص ، كما هو الأمر فى مصر وسورية وليبيا وفرنسا[1] وإيطاليا وأسبانيا والبرتغال وهولندا . وقد تكون الجهة المختصة بتوثيق الهبة هى المحكمة ، كما هو الأمر فى بعض الولايات الألمانية ، ولكن المحكمة فى هذه الحالة تقتصر على مجرد التوثيق ، فلا تنتقل منه إلى التصديق . وقد تكون الرسمية هى تسجيل الهبة فى الدائرة المختصة كدائرة الطابو أو السجل العقارى ، كما هو الأمر فى العراق وفى لبنان[2] .

---

٣١ — شكلية الهبة فى مصر هى الورقة الرسمية : وهبة العقار فى مصر لا تتم الا بورقة رسمية[3] ، فالشكلية فى مصر هى الورقة الرسمية

---

(١) وفى فرنسا تخضع هبة العقار أيضاً ، حتى تكون نافذة فى حق الغير . لإجراءات تسجيل من نوع خاص يختلف عن التسجيل بوجه عام (انظر ٩٣٩ مدنى فرنسى — انسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٣٨٣ — فقرة ٤٦٣) . أما هبة العقار فى مصر فتخضع للقواعد العامة للتسجيل .

(٢) انظر فيما تقدم بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٠٦٦ — فقرة ١٠٨٦ .

(٣) والإشهاد الشرعى قديماً كالورقة الرسمية تنعقد به الهبة (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩١ .

كما قدمنا : وعلى المتعاقدين أن يتقدما لأى مكتب من مكاتب التوثيق ، وليس ضرورياً أن يكون هذا هو مكتب التوثيق الذى يوجد فى دائرته العقار الموهوب ، فقد يكون هذا العقار فى إحدى مديريات الصعيد وتوثق الهبة فى مكتب للتوثيق بالقاهرة . ويقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة ، بعد دفع الرسم المستحق . ويجب عليه قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما ؛ وله أن يطلب إثباتا لأهلية المتعاقدين تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو مستند آخر . وإذا تمت الهبة بوكيل . فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يجاوز حدود الوكالة . ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالإقليم المصرى ولهما إلمـام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى الهبة ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، وعلى الشاهدين أن يوقعا عقد الهبة مع المتعاقدين والموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد ، وأن يبين لهما الأثر القانونى المترتب عليه . وإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو عدم توافر الرضا لدى المتعاقدين . أو إذا كانت الهبة المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كأن كان المال الموهوب مالا مستقبلا ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد المحرر إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب . وللمتعاقدين أن يتظلما إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها . وذلك فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليهما . ولهما أن يطعنا فى القرار الذى يصدره القاضى أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية ، وقرار القاضى أو غرفة المشورة لا يحوز قوة الأمر المقضى فى موضوع الهبة ، فإذا قضى القرار بأهلية المتعاقدين أو بعدم أهليتهما أو بصحة الهبة أو ببطلانها لم يكن ذلك حجة أمام القضاء العادى إذا رفعت إليه فيما بعد قضية فى هذا الشأن .

ويحتفظ مكتب التوثيق بأصل العقد . ويسلم صورة تنفيذية منه لكل من المتعاقدين ، ثم يرسل صورة إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه[١] .

٣٢ — قبول الهبة إذا كان منفصلا عن الإيجاب : ويغلب أن يكون قبول الموهوب له للهبة متصلا بإيجاب الواهب ، فتحرر الورقة الرسمية متضمنة كلا من الإيجاب والقبول فى وقت واحد . ولكن قد ينفصل القبول عن الإيجاب ، فيوجب الواهب الهبة فى وقت ويرسل إيجابه إلى الموهوب له ، فيقبل الموهوب له الهبة فى وقت آخر . وفى هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب ، حتى ينعقد ، مكتوبا فى ورقة رسمية على الوجه الذى أسلفناه . أما القبول ، فيشترط فى القانون الفرنسى أن يكون أيضاً فى ورقة رسمية[٢] . وكذلك فعل التقنين المدنى السابق ، إذ نص فى المادة ٤٨/٧٠ على ما يأتى : « إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، وإلا كانت الهبة لاغية » .

ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد لم يشترط صراحة أن يكون القبول إذا انفصل عن الإيجاب مكتوباً فى ورقة رسمية ، بل اقتصر على القول بأن « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة » . وقد يقال إن الهبة إيجاب وقبول ، وما دامت الهبة يجب أن تكون بورقة رسمية ، فلا بد أن يكون كل من الإيجاب والقبول — متصلين أو منفصلين — فى ورقة رسمية :

---

(١) انظر فى كل ما تقدم قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ والمرسوم الصادر فى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٧ بلائحته التنفيذية .

(٢) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٠٩٩ — بل يشترط أيضاً ، فى القانون الفرنسى ، أن يعلن القبول للواهب على يد محضر (م ٩٣٢/٢ فرنسى) ، حتى لو ثبت أن الواهب قد علم فعلا بالقبول لم يكن ملزماً بالهبة قبل إعلانه بالقبول ، ولا يلتزم إلا من وقت هذا الإعلان .

ولكن لما كان التقنين الجديد قد أغفل النص صراحة على أن يكون القبول بورقة رسمية ، فإنه لم يرد – كما أراد التقنين الفرنسى – أن يجعل لقبول الموهوب له شكلا خاصاً . وتقضى القواعد العامة بأن الشكلية إذا كانت قد تقررت لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما فى الرهن ، فإنه يكفى توافرها فى رضاء من تقررت لحمايته ، فتجب فى رضاء المدين الراهن دون رضاء الدائن المرتهن . وينبنى على ذلك أن قبول الهبة فى التقنين المدنى الجديد ، إذا كان منفصلا عن الإيجاب ، يمكن أن يكون فى ورقة عرفية ، بل يمكن أن يتم باللفظ ، أو حتى بمجرد السكوت كما أسلفنا القول[1] ، على أن تسرى القواعد العامة فى الإثبات . ذلك أن الشكلية قد تقررت أصلا لحماية الواهب ، فجاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل الهبة بأى طريق من طرق التعبير عن الإرادة[2] ، وفى هذا تخفف من الشكلية فى عقد الهبة[3] .

٣٣ – وجوب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة :
وإذا جاز أن يكون القبول المنفصل للهبة فى غير ورقة رسمية ، فإن الإيجاب المكتوب فى ورقة رسمية يجب أن يشتمل على جميع عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له وجميع الشروط التى قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له . ولا يجوز أن تستكمل هذه الورقة الرسمية ، فى عنصر من عناصر الهبة أو فى التزام فيها ، بورقة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧ .

(٢) ومن ثم لا تشترط الرسمية فى توكيل الموهوب له غيره فى قبول الهبة ، وتشترط فى توكيل الواهب غيره فى إيجابها (انظر آنفاً فقرة ٢١) .

(٣) انظر فى هذا المعنى ديموج ١ فقرة ٢٠٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ١١٩ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٩ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٣ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٦ .

عرفية ، وإلا كانت الشكلية ناقصة وكانت الهبة باطلة . وإنما يجوز تفسير عقد الهبة ، فيما اشتمل عليه من عناصر والتزامات وشروط ، بأوراق عرفية أو بمراسلات أو بدلائل مادية أو ببينة أو بقرائن أو بغير ذلك مما يستعان به عادة فى تفسير العقود ، فإن عقد الهبة يفسر بالطرق ذاتها التى تفسر بها سائر العقود[1] .

٣٤ — *شكل الهبة يخضع لقانون البلد الذى تمت فيه* : وكل ما أوردناه فى شكل الهبة إنما يكون إذا أبرمت الهبة فى مصر . أما إذا أبرمت خارج مصر ، فإن المادة ٢٠ مدنى تنص على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية . كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » . فإذا وهب فرنسى من فرنسى آخر مالا فى مصر حيث يقيمان ، وصدرت الهبة فى إيطاليا ، فإن شكل هذه الهبة يجوز أن يخضع للقانون الإيطالى وهو قانون البلد الذى تمت فيه الهبة (locus regit actum) . كما يجوز أن يخضع للقانون الفرنسى ، إما باعتباره القانون الذى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة إذ الهبة تعد من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الفرنسيين ، وإما باعتباره القانون الوطنى المشترك للمتعاقدين . ويجوز أخيراً أن يخضع للقانون المصرى ، باعتباره قانون موطن المتعاقدين . وتفصيل ذلك مكانه القانون الدولى الخاص .

---

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٠٩٩ — فقرة ١١٠٠ — والرجوع فى الهبة لا تشترط فيه ورقة رسمية كما تشترط هذه الورقة فى إبرام الهبة ، بل يصح أن يكون الرجوع فى ورقة عرفية ، أو أن يكون دلالة كما يقع عند تصرف الواهب فى المال الموهوب (بلانيول وريبير وترانسبو فقرة ٣٦٥ — جوسران ٣ فقرة ٣٠٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٩ ص ٧٨) .

(ب) شكل الهبة فى المنقول

٣٥ – هبة المنقول تتم بورقة رسمية : وهبة المنقول يصح أن تتم بورقة رسمية ، كهبة العقار . ونص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدنى عام شامل للعقار وللمنقول ، فهو يقول : « تكون الهبة بورقة رسمية » . فيجوز إذن أن تنعقد الهبة فى المنقول بورقة رسمية[1] ، وكل ما قررناه عن الورقة الرسمية فى انعقاد هبة العقار يسرى على هبة المنقول . فيجب أن توثق هبة المنقول فى مكتب للتوثيق ، وفقاً للأوضاع والرسوم التى بيناها فى هبة العقار ، ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع عناصر الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له . وإذا كان القبول فى هبة المنقول منفصلا عن الإيجاب ، جاز أن يكون القبول فى ورقة عرفية ، بل جاز أن يكون شفوياً أو بالسكوت على الوجه الذى ذكرناه فى هبة العقار .

وإذا وثقت هبة المنقول فى ورقة رسمية ، انعقدت الهبة دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، شأنها فى ذلك شأن هبة العقار . فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض ، فالقبض فى هبة المنقول ليس إجراء واجباً إلى جانب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يغنى عن الرسمية . فلا محل إذن للجمع بين الإجرائين ، الرسمية والقبض[2] .

فالورقة الرسمية تكفى إذن فى هبة المنقول . أما فى فرنسا ، فلا بد إلى جانب الورقة الرسمية من كشف يبين المنقولات الموهوبة مع تقدير

---

(١) ومن ثم فالتعهد بترتيب إبراء لشخص على سبيل التبرع يستلزم الرسمية ، ما لم تكن الهبة مستترة باسم عقد آخر (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨) .

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٠٣ – استئناف وطنى ٢٨ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٥٨ ص ٣٠٩ .

قيمتها (état estimatif) . ويوقع على هـذا الكشف كل من الواهب والموهوب له . ويرفق بأصل الورقة الرسمية للهبة ، وتقضى بكل ذلك المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى الفرنسى . والمقصود من هذا الإجراء هو حصر المنقولات الموهوبة . فلا يتمكن الواهب بعد الهبة من استرجاع بعض هذه المنقولات أو إتلافها أو إبدال غيرها بها من منقولات أقل قيمة[1] . وفى مصر لا ضرورة لهذا الكشف فى هبة المنقول كما قدمنا ، ويكفى أن تعين المنقولات الموهوبة فى الورقة الرسمية للهبة تعييناً كافياً بحيث لا يقع لبس فيها ، تطبيقاً للقواعد العامة فى تعيين المحل .

٣٦ — ويجوز أن تتم هبة المنقول أيضاً بالقبض — الهبات اليدوية :
والورقة الرسمية ليست الطريقة الوحيدة لانعقاد هبة المنقول كما قدمنا ، فكما تنعقد هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضاً أن تنعقد بالقبض ، ويغنى القبض فى هذه الحالة عن الورقة الرسمية كما سبق القول . فهبة المنقول إما أن تكون عقداً شكلياً إذا انعقدت بورقة رسمية ، وإما أن تكون عقداً عينياً إذا انعقدت بالقبض[2] . وإذا لجأ المتعاقدان إلى القبض فى إبرام هبة المنقول ، سميت الهبة عندئذ بالهبة اليدوية (don manuel) .

وفى فرنسا لا يوجد نص صريح يجعل القبض كافياً فى انعقاد هبة المنقول ، ولكن الفقه والقضاء مجمعان على صحة الهبات اليدوية ، وتتم بمجرد القبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ، بل ولا إلى كشف ببيان المنقولات الموهوبة وتقدير قيمتها . ويستندون فى فرنسا ، فى صحة الهبات

---

(١) انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٦٠ — بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٥٩ — فقرة ١٢٧٨ .

(٢) ويؤدى القبض ما تؤدى الرسمية من أغراض ، إذ أن تجرد الواهب عن حيازة المال الموهوب كفيل كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٢٨) بتوجيه نظره إلى ما ينطوى عليه عقد الهبة من خطر (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٤) .

اليدوية ، إلى التقاليد القديمة ، وإلى أن نص المادة ٩٣١ مدنى فرنسى لا يحرم الهبات اليدوية ، إذ أن هذا النص إنما يشترط الرسمية فى السند (acte) الذى تكتب فيه الهبة ، فإذا كانت هبة المنقول بغير سند مكتوب فإنها تخرج عن نطاق هذا النص ، كما يستندون إلى بعض نصوص تشريعية أخرى لا محل هنا لذكرها . والذى يعنينا فيما تستند إليه الهبة اليدوية فى فرنسا أنها تؤسس هناك على حيازة الموهوب له للمنقولات الموهوبة حيازة كاملة ، وهى الحيازة التى يحميها القانون بدعاوى الحيازة وتفضى فى بعض الأحيان إلى التملك ، ولا يكفى مجرد القبض بطريقة من الطرق التى نص عليها القانون فى البيع تنفيذا لالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع[1] .

أما فى مصر ، فتقاليد الفقه الإسلامى تقضى بأن الهبة لا تتم إلا مقبوضة[2] . وقد وجد نص صريح فى التقنين المدنى يقضى بأن الهبة فى

---

(١) انظر فى اعتبارات تاريخية فى فرنسا أدت إلى صحة الهبات اليدوية أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش ٣٨ .

(٢) عند الحنفية ، لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض . أما قبل القبض فالملك للواهب ، وله أن يرجع فى هبته إذا أراد ، فتصح الهبة إذن قبل القبض ولكنها تكون هبة غير لازمة يرجع فيها الواهب إذا أراد دون اعتداد بموانع الرجوع ، ولا ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له . فإذا قبضت الهبة — بإذن الواهب الصريح أو بإذنه الضمنى فى مجلس العقد — انتقل الملك إلى الموهوب له ، وأصبح لا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع المعروفة . فللهبة عند الحنفية مراحل ثلاث : المرحلة الأولى مرحلة العقد . ويكون غير نافذ فلا ينقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينفذ العقد فينتقل الملك ، ولكنه لا يلزم . والمرحلة الثالثة قيام مانع من موانع الرجوع . وبه يلزم العقد . انظر البدائع جزء ٦ ص ١٢٣ — الهداية على هامش فتح القدير ٧ ص ١١٣ — ص ١١٧ .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بإذن الواهب ؛ فقبل القبض يجوز للواهب الرجوع ، ولا ينتقل الملك . وبعد القبض بإذن الواهب ينتقل الملك ، وتلزم الهبة ولا يجوز للواهب الرجوع أصلا إلا فى حالة اعتصار الوالد الهبة لولده . فللهبة عند الشافعية والحنابلة مرحلتان : المرحلة الأولى مرحلة العقد ، ويكون غير نافذ فلا ينقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه ، وهذه المرحلة الأولى عند الشافعية والحنابلة هى كالمرحلة —

المنقول تم بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . وجد هذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ كانت المادة ٧١/٤٩ من هذا التقنين تقضى بأن « تعتبر الهبة فى الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمى بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له[1] » . ووجد هذا النص أيضاً فى التقنين المدنى الحديث ، إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدنى بما يأتى : « ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية[2] » .

= الأولى عند الحنفية . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينفذ العقد فينتقل الملك . ويلزم إلا فى اعتصار الهبة ، وهذه المرحلة الثانية عند الشافعية والحنابلة تقوم مقام المرحلتين الثانية والثالثة عند الحنفية . انظر المهذب ١ ص ٤٤٧ — المغنى ٥ ص ٥٩١ — ص ٥٩٣ .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب ، فإذا تم القبض انتقل الملك إلى الموهوب له . فالظاهر أن للهبة عند المالكية مرحلة واحدة هى مرحلة العقد ، فيكون بمجرد انعقاده نافذاً لازماً (إلا فى حالة اعتصار الهبة) ، ومن ثم يلزم الواهب بالتسليم ومتى تم التسليم انتقل الملك . انظر الخرشى ٧ ص ١٠٥ — ص ١٠٦ .

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨١ — ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٣ — رقم ١٠ ص ٤ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

(٢) ومتى تمت الهبة اليدوية بالقبض ، فكل الشروط التى تتضمنها هذه الهبة والاتفاقات الملحقة (pactes adjoints) من التزامات وعوض ونحو ذلك تكون صحيحة (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٩٨ — فقرة ١١٤) . فيجوز فى الهبة اليدوية أن يحتفظ الواهب بحق الانتفاع أو بملك الرقبة ، وأن يقرن الهبة بشروط أو التزامات أخرى (بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٤٠١ وما بعدها — جوسران ٣ فقرة ١٣٣٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٨٠) .

هذا والوعد بالهبة اليدوية — ككل وعد بهبة — لا يتم إلا بورقة رسمية ، لأن القبض فى هذه الحالة لا يتم . فإذا كان الوعد بهبة يدوية مكتوباً فى ورقة عرفية كان باطلا ، ويجوز للواعد الرجوع فى وعده . ويجوز لورثته أن يمتنعوا عن تسليم المنقول . وإذا سلم الواعد أو ورثته المنقول ، كان هذا هبة يدوية مبتدأة لا تنفيذاً للوعد بالهبة ، فلابد فيها من إيجاب وقبول =

ونلاحظ منذ الآن الفرق فى التعبير بين نص التقنين السابق ونص التقنين الجديد . فالتقنين السابق يتمشى مع تقاليد القانون الفرنسى ، إذ يشترط فى هبة المنقول التسليم الفعلى من الواهب والتسلم الفعلى من الموهوب له . وهذا وذاك يؤديان معاً إلى نقل الحيازة إلى الموهوب له على النحو الذى ذكرناه فى القانون الفرنسى . أما التقنين الجديد فلا يذكر التسليم والتسلم الفعليين ، ويكتفى بمجرد القبض[1] ، حتى أنه لما اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ أن يضاف نص يقضى بوجوب التسليم والتسلم الفعليين ، لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها »[2] . وهذا المعنى العام الذى أعطى للقبض فى هبة المنقول هام فى المسألتين اللتين نتكفل الآن ببحثهما فى هذا الصدد : (أولا) كيف يتم القبض فى الهبة اليدوية . (ثانيا) ما هى المنقولات التى يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية .

٣٧ — كيف يتم القبض فى الهبة اليدوية : قدمنا أن القبض فى القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى السابق يجب أن يكون قبضا فعليا من الجانبين ، أى تسليما فعليا من الواهب وتسلما فعليا من الموهوب له ، بحيث تنتقل حيازة الموهوب إلى الموهوب له حيازة كاملة تحميها دعاوى الحيازة وتفضى إلى التملك .

= جديدين (بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٨٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى ، العقود المسماة ٢ فقرة ٨١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يجعل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض الفعلى ، فكانت المادة ٦٦١ من هذا المشروع تنص على أنه « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليما فعلياً وقبضه » . وفى لجنة المراجعة عدل هذا الحكم من ناحيتين : (أولا) جعلت هبة المنقول تتم بورقة رسمية أو بالقبض . (ثانياً) وإذا تمت بالقبض فلا يشترط فيه أن يكون قبضاً فعلياً (انظر آنفاً فقرة ٢٧ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ — وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش .

أما فى التقنين المدنى الجديد فيبدو أن المشرع لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد فى القبض ، فأطلق اللفظ ، وأصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع[1] . وقد رأينا فى البيع أن المادة ٤٣٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ١ – يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع . ٢ – ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين ، إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . ويخلص من ذلك أن القبض فى الهبة اليدوية قد يكون تسليما فعليا من الواهب وتسلما فعليا من الموهوب له ، وقد يكون تسليما فعليا من الواهب غير مقترن بتسليم فعلى من الموهوب له[2] . وقد يكون تسليما حكميا . ونستعرض هذه الصور المختلفة .

يكون التسليم والتسلم الفعلى للمنقول عادة بالمناولة ، فيناول الواهب الموهوب له المنقول الموهوب يداً بيد ، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، فتتم الهبة بالقبض . وهذا إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مناولة مادية ، كما إذا كان المنقول نقوداً[3]

---

(١) ويقرب هذا مما قدمناه فى قبول الهبة ، فى القانون الفرنسى للقبول فى الهبة إجراءات خاصة تميزه من القبول فى العقد بوجه عام ، أما قبول الهبة فى القانون المصرى فشأنه شأن القبول فى العقد بوجه عام . وكذلك القبض فى الهبة اليدوية ، فله فى القانون الفرنسى معنى خاص يتضمن تسلم الموهوب له الهبة تسلما فعلياً . أما فى التقنين المصرى فالقبض فى الهبة اليدوية شأنه شأن القبض فى عقد البيع وفى أى عقد آخر ، ولا يتضمن حتما تسلم الموهوب له للهبة تسلما فعليا . وكما أنه لا يشترط فى التقنين المدنى الجديد أن يقبل الموهوب له الهبة قبولا خاصاً بإجراءات معينة ، كذلك لا يشترط فى هذا التقنين أن يقبض الموهوب له الهبة اليدوية قبضاً خاصاً على وجه معين .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٠٦ . ويسمى هذا التسليم تسليما حكمياً .

(٣) ويصح أن يتم تسليم النقود بتحويل مبلغ من الحساب الجارى للواهب إلى الحساب الجارى للموهوب له (virement de compte) (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٢١) .

أو ساعة أو خاتماً أو مجوهرات أو أثاثا أو كتبا أو نحو ذلك من المنقولات المادية . وإذا كان الموهوب حقا شخصياً حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع ، فالقبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له ليتمكن من استعماله فى مواجهة المحال عليه . ويخلص من ذلك أن القبض فى هبة المنقول يتكيف بحسب طبيعة المبيع[1] . وقد يسلم الواهب المنقول لوسيط بقصد تسليمه للموهوب له ، فيتم القبض عادة بتسليم الوسيط المنقول للموهوب له وفقاً لتعليمات الواهب ، ويكون الوسيط فى هذه الحالة نائباً عن الواهب[2]. وقد يكون الوسيط نائبا عن الموهوب له[3] ، فيتم القبض بتسليم الواهب المنقول للوسيط ، ولا حاجة فى تمام القبض لأن يسلم الوسيط المنقول للموهوب له فقد تسلمه نيابة عنه ويده هى يد الموهوب له[4] .

وقد يتم القبض بالتسليم الفعلى من الواهب ، بأن يضع المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولكن الموهوب له لا يستولى على المنقول بالفعل استيلاء مادياً . فما دام

---

(١) فإذا كان الموهوب متجراً ، تم القبض باستيلاء الموهوب له على المتجر وباتخاذه صفة المدير له ، حتى لو بقى اسم الواهب اسما للمتجر كما يقع ذلك فى بعض الأحيان (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٨) . وإذا كان الموهوب بوليصة تأمين لحاملها ، تم القبض بتسليم البوليصة للموهوب له (محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٧٦ ص ٥٣٦) .

(٢) فإذا كان الوسيط لم يسلم المنقول بعد للموهوب له ، جاز للواهب أن يسترده منه أو أن يمنعه من تسليمه للموهوب له ، فلا تتم الهبة (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٥) .

(٣) انظر فى عدم جواز أن يكون الوسيط فضولياً يتسلم نيابة عن الموهوب له دون ترخيص منه بودرى وكولان ١٠ فقرة ١١٦٦ – فقرة ١١٦٩ – أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش ٥٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٤١ – فقرة ٤٣ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إعطاء الواهب مبلغاً من النقود لأمين عن القصر وإيداع الأمين هذا المبلغ خزانة المجلس الحسبى لحساب القصر يعتبر قبضاً كاملا لتصح الهبة (٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٠٨ ص ٤٧٥) .

الموهوب له عالماً بوضع المنقول تحت تصرفه متمكناً من الاستيلاء عليه ، فإن هذا يكفى لتمام القبض فى الهبة كفايته لتمام التسلم فى المبيع[1] . وهذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ . ويترتب على ذلك أن إيداع أب نقوداً فى أحد المصارف باسم ولده قاصداً التبرع له بالمبلغ المودع، يمكن أن يكون هبة يدوية تمت بالقبض ، وذلك بالتسليم الفعلى من الواهب مع علم الموهوب له بأن المبلغ مودع باسمه وتحت تصرفه . أما إذا كان الابن قاصراً ، فهذه هبة يدوية تمت بالقبض وناب الأب عن ولده القاصر فى ذلك (قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٨) .

على أن نية الهبة – كما تقول محكمة النقض – لا تفترض . « ونعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها . إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح » (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) . وقضت محكمة النقض أيضا فى هذا المعنى بأنه لما كان مجرد إيداع مبلغ من النقود باسم شخص معين لا يقطع فى وجود نية الهبة عند المودع ، فإن الإيداع لا يفيد حتما الهبة ، بل يجب الرجوع فى تعرف أساس الإيداع إلى نية المودع . ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا قضى باعتبار إيداع مبلغ صندوق التوفير باسم شخص آخر غير المودع إنما كان على سبيل الوصية لا على سبيل الهبة ، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . وإن قرينة حيازة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة من تحرير دفتر التوفير باسمه هى قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن (نقض مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥) . وفى حكم ثالث أقرت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع بأن إيداع الوالد مبلغاً من النقود باسم ولديه فى البنك ، وفتح حساب خاص بالولدين ، من شأنه أن يخرج المال نهائياً من حيازة المودع فيصبح فى حيازة صاحب الحساب ، وأن قبضه تم بواسطة شخص ثالث وهو البنك وهذا جائز قانوناً . وما كان الوالد يستطيع سحب المبلغ إلا بصفة أخرى كولى على الولدين بحيث لو زالت هذه الصفة لما استطاع سحب المبلغ . ولما كانت الحيازة قد أصبحت للولدين بإيداع هذا المبلغ باسميهما فى البنك ، فإنهما يستفيدان من القرينة القانونية وهى اعتبارهما مالكين طبقاً للمادة ٦٠٨ مدنى التى تفترض السند الصحيح وحسن النية ، وليس الولدان ملزمين بإثبات الهبة إذ أن السند الصحيح مفترض ، فكان الواجب على الخصم أن يقيم هو الدليل الإيجابى على أن الهبة لم تتحقق (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٦ ص ١٨٤) .

وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن إيداع الواهب أوراقاً مالية لحساب الموهوب له فى البنك يعتبر قبضاً (٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٠ ص ٣٦٠ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٧) – وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن تقييد المورث الودائع باسم الوارث يعتبر قانوناً هبة غير مباشرة بطريق الاشتراط =

الصورة لا تعتبر قبضاً فى القانون الفرنسى ولا فى التقنين المدنى المصرى السابق ، لأنه يشترط فى هذين القانونين أن يتم تسلم الموهوب له فعلا للمنقول كما سبق القول .

يبقى أن نبين أن القبض الحكمى فى هبة المنقول يكفى لتمام الهبة كما يكفى لتسليم المبيع . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى فى خصوص البيع تنص على ما يأتى : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية »[1] . وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعى لمبدأ عام فى انتقال الحيازة ، إذ تنص المادة ٩٥٣ مدنى على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . فللقبض الحكمى صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المنقول فى حيازة الموهوب له قبل الهبة ، بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازى أو نحو ذلك ، ثم تقع الهبة . فيتفق الواهب مع الموهوب له على أن يبقى المنقول فى حيازة هذا الأخير ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك عن طريق الهبة . ولا نرى مانعاً من أن تنطبق هذه الصورة من القبض الحكمى على هبة المنقول ، فإن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الهبة باتفاق جديد غير الاتفاق على الهبة ، وهذا يكفى فى تنبيه الواهب إلى خطر

= لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها الشكل الرسمى ولا قبول الموهوب له وقت الإيداع (١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦ — ويلاحظ على هذا الحكم أنه لا محل هنا للكلام عن الاشتراط لمصلحة الغير ، وإنما أودع المورث مبلغاً من النقود باسم وارثه فجعلها تحت تصرفه ، فتمت الهبة اليدوية على هذا النحو كما قدمنا : قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٢٨ — ص ١٢٩) .

(١) انظر فى خصوص البيع آنفاً فقرة ٣٠٨ .

ما أقدم عليه ، ويكفى فى الوقت ذاته فى التدليل على أن الواهب قد صمم على المضى فى هبته ، فهو لم يتفق مع الموهوب له على الهبة فحسب بل اتفق معه أيضاً على نقل الحيازة إليه[١] . (والصورة الثانية) أن يبقى المنقول فى حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب على عقد يستلزم نقل حيازة الشىء .

ولا نرى أن هذه الصورة من القبض الحكمى تكفى لتمام الهبة اليدوية ، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة على وجه ينبهه إلى خطر ما أقدم عليه ويدل على تصميمه على المضى فى الهبة[٢] . فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المنقول للموهوب له ، ثم يرده الموهوب له للواهب على سبيل الإيداع أو الإيجار أو العارية أو أى سبيل آخر .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٧٣ من هذا المشروع ، تنص الفقرة الثالثة منها على ما يأتى : « أما إذا كان (الموهوب) منقولا فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقى الكامل ، فإن كان المنقول موجوداً فى حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة إلى قبض جديد » . وقد حذفت المادة ٦٧٣ من المشروع فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥ فى الهامش) . وانظر أيضاً المادة ٥٠٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية ، فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القبض يشترط فيه أن يكون فعلياً ، بأنه إذا كان المبلغ الموهوب موجوداً تحت يد الموهوب له وقت حصول الهبة ، يعتبر الموهوب له كأنه قبضه بالفعل بتحويل صفته من مودع لديه لموهوب له (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٦٣٥ ص ٧٤٧) .

وتنص المادة ٦٠٦ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا وهب أحد ماله لمن كان هذا المال فى يده ، اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة إلى قبض آخر » (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٠) .

وفى القانون الفرنسى نفسه يجوز القبض على هذا النحو ، فى الهبة اليدوية (لوران ١٢ فقرة ٢٧٧ — أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ١٩ — فقرة ٢٠) .

(٢) انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٠٦ — ص ١٠٧ .

٣٨ — المنقولات التي يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية : تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدنى : « ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن النص أطلق ، فلم يميز بين منقول ومنقول . فكل منقول يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية . أما فى القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى السابق ، فالقبض الفعلى ضرورى لتمام هبة المنقول كما قدمنا ، فلا يصح فى هذين القانونين أن يكون محلا للهبة اليدوية إلا منقول قابل أن يرد عليه القبض الفعلى ، أى المنقولات المادية وحدها .

ففى التقنين المدنى المصرى الجديد إذن يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية المنقولات المادية والمنقولات المعنوية .

فإذا وهب شخص لآخر نقوداً أو مجوهرات أو كتباً ، وقبضها الموهوب له ، تمت الهبة(١) . ويجوز أن تقع الهبة على حق الانتفاع

---

(١) ومما ترد عليه الهبة اليدوية الجهاز . فإذا جهز الأب ابنته — ولم نقل إن هناك التزاماً طبيعياً على الأب فى هذه الحالة — وسلمها الجهاز ، فقد تمت الهبة ، وليس للأب أو لورثته استرداد الجهاز بعد ذلك . أما إذا لم يسلمه لها ، فلا تملكه ، ويجوز للأب أن يرجع فى هبته لأن الهبة لم تتم . وإذا سلمه لها فى مرض موته ، كان حكمه حكم الوصية (انظر المادة ١١٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) . وإذا كانت البنت قاصرة ، فشراء أبيها الجهاز يكفى لتمام الهبة ، لأن الأب يقوم مقام ابنته القاصرة ، فى القبض ، فكأنها هى التى قبضت الجهاز (انظر المادة ١١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

وإذا حرر الأب سنداً على نفسه لابنته وظهر من السند أنه هبة بمناسبة الزواج ، فالهبة مكشوفة لا مستترة ، ولا تتم إلا بقبض قيمة السند أو بكتابة السند فى ورقة رسمية (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ ص ٢٠٣ — الأزبكية ٢٨ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٩ ص ٤٤٣) . وإذا تبرع إخوة لأختهم بنفقات جهازها واشتروا الجهاز ، ولكنهم لم يسلموه لأختهم فالهبة لم تتم ، ولا تتم إلا بتسليم الأخت الجهاز (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/٢٢٣ ص ٣١٢) . =

(usufruit) فى الكتب أو المجوهرات دون الرقبة ، أو على الرقبة دون حق المنفعة . وتتم الهبة اليدوية فى هذه الأحوال جميعاً بقبض الموهوب له الكتب أو المجوهرات ، على اعتبار أن المقبوض هو الملكية الكاملة أو حق الانتفاع وحده أو حق الرقبة وحده[1] .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية فى التقنين المصرى الجديد على السندات ، سواء كانت لحاملها (au porteur) ، أو كانت تحت الإذن (à ordre) ، أو كانت سندات اسمية (titres nominatifs) ، فهذه كلها منقولات ، وإن كانت منقولات معنوية . ويقبضها الموهوب له بالتسلم الفعلى فى السندات لحاملها ، وبالتظهير مع تسلم السند فى السندات تحت الإذن ، وينقل السند إلى اسمه طبقاً للإجراءات المقررة لذلك مع تسلم السند فى السندات الاسمية .

= وإذا تعهدت أم لبنتها بدفع مبلغ بصفة « دوطة » (مهر) ، فالهبة لا تتم إلا إذا كان التعهد فى ورقة رسمية ، أو إذا سلمت الأم المبلغ لبنتها فتتم الهبة بالقبض (مصر الكلية الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣٧٨ ص ٤٤١) .

وقضى بأن الإعانة التى تدفعها وزارة المعارف للمدارس الحرة هى هبة يدوية فلا تتم إلا بالقبض ، أما قبل القبض فلا تملكها المدرسة المعانة ولا يجوز لدائنيها الحجز عليها (الموسكى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٣٤ ص ٦٨٧) . ولكن قضى من جهة أخرى أن هذه الإعانة ليست تبرعاً محضاً ، بل الغرض منها ترقية مستوى التعليم ، ويقابلها شروط خاصة يجب أن تتوافر فى المدرسة المعانة ، ومن ثم تكون دينا للمدرسة فى ذمة وزارة المعارف ، ويجوز لدائنى المدرسة الحجز عليها تحت يد الوزارة (الاسكندرية الكلية الوطنية ٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٨ ص ٢٧٣) . وانظر فى كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٨٢ .

(١) وقد اختلف الفقه فى فرنسا فى جواز ورود الهبة اليدوية على حق الانتفاع أو على حق الرقبة ، فذهب فريق إلى عدم الجواز إذ يرون أن القبض الفعلى بالنسبة إلى هذه الحقوق المجردة يصعب تصوره . ولكن الرأى الذى ساد فى الفقه وفى القضاء فى فرنسا هو الجواز . ويقع القبض الفعلى على الشىء محل حق الانتفاع أو حق الرقبة (انظر هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وكولان ١ فقرة ١١٧٥ — فقرة ١١٧٩) . فإذا كان هذا الرأى هو الذى ساد فى فرنسا ، فأولى أن يسود فى مصر حيث لا يشترط القبض الفعلى فى الهبة اليدوية كما قدمنا .

أما فى فرنسا فترد الهبة اليدوية على السندات لحاملها دون غيرها ، لأنها فى حكم المنقولات المادية ، ولا ترد الهبة اليدوية على السندات تحت الإذن ولا على السندات الإسمية[١] .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية فى التقنين المدنى المصرى الجديد على الديون (créances) ، وإن كانت منقولات معنوية . فيجوز إذن أن يحول الدائن لأجنبي الدين الذى له فى ذمة المدين وفقاً للإجراءات المقررة فى حوالة الحق ، وتكون الحوالة على سبيل التبرع ، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين وهذا هو القبض[٢] .

أما الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحقوق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامات التجارية وغير ذلك ، فهذه تنظمها قوانين خاصة . وقد نصت المادة ٨٦ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « القوانين التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . فلا ترد على هذه الحقوق الهبة اليدوية ، لا فى فرنسا ولا فى مصر[٣] . ولكن ذلك لا يمنع من أن ترد الهبة اليدوية على نتاج هذه الملكية إذا كانت منقولا ، فترد على كتاب بالذات هو نتاج حق المؤلف ، أو على تمثال أو على صورة زيتية أو نحو ذلك وهذا هو نتاج حق الفنان . كذلك المتجر[٤] (fonds de commerce) ،

---

(١) بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٨٥ — فقرة ١١٨٩ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١١٠ — أما فى فرنسا فلاترد الهبة اليدوية على الديون ، لأنها غير قابلة للقبض للفعل .

(٣) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١١٨٠ — فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١١٠ .

(٤) ولكن تجوز هبة البضائع التى يحتويها المتجر هبة يدوية . أما المنقولات المعنوية كالعلامة التجارية وبراءة الاختراع ، فلا تصلح محلا للهبة اليدوية كما قدمنا (الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١١١ هامش رقم ١) .

وإن كان منقولا ، يخضع لقانون خاص ينظمه . وكذلك السفن[1] والطائرات ، فهى تخضع لنظم خاصة[2] .

٣٩ — الإثبات فى الهبة اليدوية : وتخضع الهبة اليدوية للقواعد العامة المقررة فى الإثبات : وتعرض الحاجة عملا لإثبات الهبة اليدوية فى فرضين مختلفين : (١) أن يدعى الحائز لمنقول أن هذا المنقول قد وهبه له صاحبه وقبضه منه ، فتمت الهبة بالقبض . (٢) أن يدعى شخص أنه قد وهب آخر منقولا وسلمه إياه ، ويريد الآن الرجوع فى الهبة وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن ، فينكر حائز المنقول أنه تلقى المنقول هبة من المدعى .

والفرض الأول ، حيث يدعى حائز المنقول أن المنقول قد وهبه له صاحبه ، يعرض غالبا عند موت الواهب . فتجد الورثة أن بعض منقولات المورث فى أيدى من كانوا يحيطون به عند موته من عشراء وممرضين وخدم ومن إليهم ، فيقع النزاع بين الوارث والحائز للمنقول ، الأول يدعى أن المنقول ملك للمورث فيدخل فى التركة ، والآخر يقول إنه المورث وهبه له قبل موته وسلمه إياه فأصبح ملكه[3] . فى هذا الفرض لو أن من يدعى الهبة لم يكن حائزاً للمنقول ، لوجب عليه وفقا للقواعد العامة أن يثبت عقد الهبة[4] ، وأن يثبت فوق ذلك أنه قبض المنقول

---

(١) تقضى المادة ٣ من التقنين التجارى البحرى بوجوب الرسمية فى السفن البحرية .

(٢) وغنى عن البيان أن الهبة اليدوية لا ترد على منقول غير معين إلا بنوعه لأنه لا يصلح للقبض الفعلى (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٣) ، ولا للقبض الحكمى . ولكن الهبة اليدوية ترد على جزء شائع فى منقول معين ، لأنه يصلح للقبض .

(٣) ويلاحظ أن الأمر لايتغير لو أن النزاع كان بين المورث نفسه والحائز . ولكن إقرار المورث بملكية الحائز للشىء الموهوب يقوم دليلا على الهبة ما دام الغير لم يطعن فى الهبة بالصورية (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥) .

(٤) ولا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات .

ثم فقد حيازته ، والقبض واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ولكن من يدعى الهبة حائز للمنقول كما قدمنا ، فالحيازة قرينة على الملكية ، وتقول المادة ٦٩٤ مدنى فى هذا الصدد : « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فيفرض إذن أن الحائز مالك للمنقول ، حتى يقيم الوارث الدليل على أنه غير مالك . ويستطيع الوارث أن يثبت عدم ملكية الحائز ، للمنقول من وجوه شتى . فقد تكون الحيازة التى يعتمد عليها الحائز معيبة بعيب من عيوب الحيازة ، ومن أهم هذه العيوب الغموض والخفاء ؛ وهذه العيوب وقائع مادية يستطيع الوارث أن يثبتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذاك البينة والقرائن . ومن القرائن على غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطا للمورث مساكنا إياه عند موته ، فإذا وجد المنقول فى حيازته شاب الحيازة غموض (équivoque) إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز استولى عليه خلسة أو بغير إرادة صاحبه[1] . ومن القرائن على خفاء الحيازة أن يخفى الحائز السندات التى يدعى أنها وهبت له ، فلا يقبض « كوبوناتها » إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبها ، فيؤخذ ذلك منه قرينة على أن يتستر فى حيازته للسندات حتى لا يفتضح أمره عقب موت المورث ، ويتربص بها فرصة سانحة . وقد لا يطعن الوارث فى الحيازة ذاتها ، ولكن يطعن فى عقد الهبة ، فيدعى أنه صدر فى مرض الموت ، أو أنه صدر نتيجة لاستغلال الموهوب له للواهب أو أنه تسلط على إرادته واستهواه ونحو ذلك من وجوه الطعن . وكل هذه وقائع مادية ، على الوارث إثباتها ، وله أن يثبتها بجميع الطرق . وقد يعمد الوارث إلى الطعن فى الحيازة بطريق مباشر ، فيـــدعى أن الحائز

(١) وقد قضت محكمة المنشية بأن الهبة فى المنقول وإن كانت تتم بالقبض ، إلا أنه يشترط أن يكون القبض غير مشكوك فيه . وإقامة الزوجة مع زوجها فى مسكن واحد تجعل وضع يدها على المنقولات الموجودة بالسكن وضع يد مشكوك فيه (٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٨٠ ص ٣٤٣) .

قد اختلس المنقول ، وهذه أيضاً واقعة مادية يثبتها بجميع الطرق[1] .

وفى الفرض الثانى ، حيث يدعى شخص أنه وهب آخر منقولا وسلمه إياه ويريد الرجوع فى الهبة ، فينكر الحائز أنه تلقى المنقول هبة : يكون على الشخص الذى يدعى أنه وهب المنقول أن يثبت هذه الهبة فى مواجهة الحائز ، أما الحائز فلا يكلف إثباتا لأن الحيازة قرينة على الملكية . ويثبت من يدعى الهبة العقد وفقا للقواعد المقررة فى الإثبات ، فإذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها .

ثانيا — جزاء الإخلال بشكل الهبة

٤٠ — مسألتاد : إذا اختل شكل الهبة ، ولم يستوف الشروط التى بسطناها فيما تقدم ، كانت الهبة باطلة لا أثر لها (م ١/٤٨٨ مدنى) . ولكن قد ينفذ الواهب أو ورثته مختارين هذه الهبة الباطلة ويسلمون الموهوب للموهوب له ، فعند ذلك لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه (م ٤٨٩ مدنى) . فهناك إذن مسألتان : (١) بطلان الهبة لاختلال الشكل (٢) التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة بسبب عيب فى الشكل .

---

(١) وقد يستجوب ورثة الواهب مخالط الواهب أمام القضاء ، فيقر هذا بأن المنقول فى يده ولكن المورث قد وهبه إياه وسلمه له فلكه بالهبة . فهذا إقرار لا يتجزأ ، ولايجوز للورثة أن يستبقوا منه أن المنقول فى يد الحائز ، ثم يطالبوه بإثبات أن الهبة قد صدرت له من المورث . ولكن يجوز للورثة أن يثبتوا أن حيازة المنقول انتقلت إلى الحائز بسبب آخر غير عقد الهبة . وقد يكون هذا السبب واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، كأن يدعى الورثة أن الحائز اختلس المنقول من المورث . وقد يكون السبب عقداً يجب إثباته طبقاً لقواعد الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات ، كأن يدعى الورثة أن المورث لم يهب المنقول الحائز وإنما أودعه عنده : فعليهم أن يثبتوا عقد الوديعة بالطريق الذى كان يستطيع مورثهم إثباتها به (انظر فى ذلك أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٧ — ص ٥٤٢ — بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٠٧ — فقرة ١٢١٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ don manuel فقرة ١١٥ — فقرة ١٤٩) .

(١) بطلان الهبة لاختلال الشكل

٤١ — اختلال شكل الهبة : يختل شكل الهبة فى العقار إذا لم توثق الهبة فى ورقة رسمية على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ؛ أو إذا وثقت ولكن الورقة الرسمية كانت باطلة لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية . ويختل شكل الهبة فى المنقول إذا لم توثق الهبة فى ورقة رسمية صحيحة ، ولم يقم الموهوب له فى الوقت ذاته بقبض المنقول حتى تصبح الهبة هبة يدوية[١].

٤٢ — جزاء اختلال الشكل هو البطلان المطلق : فإذا اختل شكل الهبة فى العقار أو فى المنقول على النحو الذى أسلفناه . فإن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولا تنتج أثراً . فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ، ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن يتصرف فيه[٢] .

ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان[٣] ، وأن يتمسك بالبطلان دفعاً فى دعوى يرفعها عليه الواهب . كما يجوز لأى ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فيتمسك به ورثة الواهب ، والخلف الخاص كمشتر من الواهب. وإذا كان الواهب قد سلم الشىء الموهوب للموهوب له ، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم[٤] ، جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٢٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠٤

(٢) ولكن يجوز أن تتضمن الهبة الباطلة تصرفات أخرى لا يشترط فيها شكل معين ، كما لو تضمنت إلغاء لوصية سابقة ، فيبقى إلغاء الوصية قائماً بالرغم من بطلان الهبة . كذلك قد تتحول الهبة الباطلة إلى وصية صحيحة طبقاً للقواعد المقررة فى تحول التصرفات (أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٦) .

(٣) استئناف وطنى أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ — استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦ .

(٤) إذ هى تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة (م ١٤١/٢ مدنى) : انظر =

العقار[١] ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم ، فإن الدفوع لا تتقادم كما قدمنا عند الكلام فى البطلان فى نظرية العقد .

٤٣ — **البطلان فى الأصل لا تلحقه الإجازة** : ولما كان بطلان الهبة لعيب فى الشكل هو بطلان مطلق كما قدمنا ، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لا تصححها الإجازة[٢] . وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد[٣] ، فيستوفيا الشكل المطلوب . وعند ذلك تتم الهبة . ولكنها هبة جديدة غير الهبة الأولى الباطلة ، تاريخها من وقت استيفاء الشكل لا من وقت الهبة القديمة . ويشترط توافر الأهلية فى المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولا يكفى توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

فإذا كان الموهوب منقولا ولم توثق الهبة فى ورقة رسمية أو وثقت فى

= استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣٠ . وقارن نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ .

(١) ولا يملك الموهوب له فى الهبة الباطلة العقار الموهوب بالتقادم الخمسى ولو كان حسن النية ، لأن الهبة الباطلة لا تصلح سبباً صحيحاً ، وإنما يملكه بالتقادم الطويل .

(٢) لا من الواهب ولا من ورثته ، ما لم ينفذ الواهب أو ورثته الهبة اختياراً فتصح الهبة كما سنرى . وفى التقنين المدنى الفرنسى تقضى المادة ١٣٤٠ بأن ورثة الواهب يجوز لهم تصحيح الهبة الباطلة بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، ويعد التنفيذ الاختيارى للهبة إجازة . وهذا النص يقلب البطلان المطلق للهبة إلى بطلان نسبى بعد موت الواهب ، فتصح إجازة الورثة . وانقلاب البطلان المطلق إلى بطلان نسبى يستوقف النظر ، وقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن البطلان يبقى مطلقاً بعد موت الواهب ، وإنما يتخلف عنه فى ذمة الورثة التزام طبيعى يجوز تنفيذه اختياراً ، ويجوز جعله سبباً لالتزام مدنى . ويعارض هذا الرأى أن الالتزام الطبيعى لا يمكن أن ينشأ فى ذمة الورثة ابتداء ، مادام لم ينشأ قبل ذلك فى ذمة المورث . ولذلك يميل الفقه فى فرنسا إلى اعتبار الأوضاع الرسمية للهبة إنما فرضت لمصلحة ورثة الواهب على الأخص ، فإذا نزلت الورثة عن هذه الحماية فهذا حقها (بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٥٢ — جوسران ٣ فقرة ١٣١١) .

(٣) استئناف وطنى أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢/٢٩٤ ص ٢٧٣ .

ورقة رسمية باطلة ، ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلزمه بتسليم المنقول إلى الموهوب له ، فقبضه هذا منه ، لم يكن فى تنفيذ الهبة على هذا النحو إجازة للهبة الباطلة ، فإن هذه الهبة لا تلحقها الإجازة كما قدمنا . ويستطيع الواهب فى هذه الحالة أن يسترد المنقول الذى وهبه ، ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد بدعوى أن الواهب قد نفذ الهبة استناداً إلى المادة ٤٨٩ مدنى التى سيأتى بيانها فيما يلى ، فإن الواهب هنا لم ينفذ الهبة مختاراً وهو عالم ببطلانها ، وشرط عدم الاسترداد تطبيقاً للمادة ٤٨٩ مدنى أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها باختياره كما سيأتى . ولا يمكن القول من جهة أخرى إن الهبة — وهى هنا هبة فى المنقول — بعد أن نفذت تصح بالقبض على اعتبار أنها هبة يدوية ، فإن الواهب لم يسلم المنقول للموهوب له كإجراء متمم للهبة مكمل لركن التراضى كما هو الأمر فى الهبة اليدوية ، بل سلمه بعد أن اعتقد أن الهبة قد تمت وأنه ملزم بالتسليم . ويجب التمييز بين تسليم وقع تنفيذاً لهبة قد تمت وتسليم وقع إتماماً لهبة لم تتم ، فالتسليم الثاني لا الأول هو التسليم المعتبر فى الهبة اليدوية . ولكن هذا لا يمنع الواهب فى الحالة التى نحن فى صددها من أن يعيد إبرام الهبة الباطلة ، ويعيدها لا فحسب عن طريق توثيقها فى ورقة رسمية صحيحة ، بل أيضاً عن طريق جعلها هبة يدوية ، فيسلم المنقول إلى الموهوب له لا تنفيذاً لالتزام عليه لأن الهبة لم تتم قبل التسليم كما قدمنا ، بل إتماماً للهبة فيعقب التراضى بالقبض شأن سائر الهبات اليدوية .

وسنرى الآن أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل قد تلحقها الإجازة على سبيل الاستثناء ، وذلك من طريق واحد هو أن ينفذها باختياره الواهب أو ورثته .

(ب) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب فى الشكل

٤٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه »[(١)] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٨ — ولا مقابل لها فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[(٢)] .

٤٥ — هل يتخلف عن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل التزام طبيعى ؟ :

يتضح من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد أن الفكرة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أوورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . وعدل النص فى لجنة المراجعة بما يجعل النص فى رأى اللجنة مستقيما مع القواعد العامة على أساس أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً لعيب فى الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلاناً مطلقاً لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى يعتبر تسلم الموهوب للهبة تنفيذاً له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الالتزامات الطبيعية . ووافقت اللجنة على المادة كما هى ، ثم وافق عليها مجلس النواب ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٥٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل ، فلا يسرى النص .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل ، فلا يسرى النص .

السائدة عند وضع مشروع هذا التقنين كانت أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى فى ذمة الواهب ، وينتقل هذا الالتزام منه إلى ورثته ، فإذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هذا الالتزام الطبيعى كان التنفيذ وفاء لا يجوز استرداده . ويظهر ذلك فى وضوح عندما نرى أن نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٨٩ كان على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل انقلبت الهبة صحيحة » . فعدل هذا النص فى لجنة المراجعة على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وهذا هو الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . وقيل سببا لهذا التعديل إن النص قد عدل « بما يجعله مستقيما مع القواعد العامة ، إذ أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعى » . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب « استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعيب فى الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى يعتبر تسليم الموهوب له للهبة تنفيذا له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « على أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة ، لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ فى المادة ٦٦٣ من المشروع ، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعى إذا نفذ لا يجوز استرداده . ويجب إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع ، فإن

---

(١) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ — ص ٢٥٢ — وانظر آنفاً فقرة ٤٤ فى الهامش .

ورودها فى الصيغة التى وردت بها خطأ كما تبين ، ولا حاجة لإيرادها فى صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع »[1] .

٤٦ — **التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة لعيب فى الشكل إجازة للهبة وليس تنفيذاً لالتزام طبيعى** : وقد كنا ممن يذهب إلى أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى إذا نفذ لا يسترد ، ورددنا هذا الرأى فى الموجز[2] ، كما رددناه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على الوجه الذى بيناه فيما تقدم منقولاً عن مجموعة الأعمال التحضيرية[3] .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩ — ومحكمة الإسكندرية الوطنية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤) .

(٢) ص ٦٧ ؛ هامش رقم ٢ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى والتون ١ ص ٢٧ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن الهبات الباطلة شكلا ينشأ عنها التزام طبيعى إذا أوفاه الملتزم لا يستطيع استرداده ، وينقلب التزاما مدنياً إذا حصل تجديده قانوناً . ومن ثم ترفض دعوى ورثة الواهب ببطلان هبة مورثهم لصدورها منه فى محرر عرفى ، بعد أن ثبت للمحكمة إجازة المدعين لهذه الهبة ضمناً بقسمة الأعيان الموروثة فيما بينهم وباستئجار أحدهم نصيب أحد الموهوب لهم وإقرار آخر لبعض الموهوب لهم فى خطاب منه بملكيته للمال الموهوب (٦ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٣٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن هذا الالتزام الطبيعى يوجد فى القانون المصرى فى ذمة الواهب نفسه فضلا عن انتقاله إلى ذمة ورثته بعد وفاته ، على خلاف التقنين الفرنسى لوجود المادة ١٣٣٩ منه التى تقضى بأن عيب الشكل لا تصححه إجازة الواهب . ومن ثم يصح تعهد الزوج بتنفيذ وعده لزوجته وقت الزواج بأن يعطيها أربعمائة جنيه ، ونفاذه فى تركته بعد موته ، على تقدير أن وعد الزوج هذا وإن كان باطلا شكلا لعدم ثبوته فى ورقة رسمية إلا أنه تخلف عنه التزام طبيعى حصل تجديده بصدور تعهد منه بتنفيذه (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣) . وانظر أيضاً فى معنى الالتزام الطبيعى ما قضت به محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية من أنه إذا فرض أن الإقرار بالدين هبة وأنها باطلة شكلا لعدم عملها بعقد رسمى ، وبفرض أن التنازل عنه للغير باطل أيضاً =

ولكننا رجعنا عن هذا الرأى فى الجزئين الأول والثانى من الوسيط عند الكلام فى البطلان للشكل وفى الالتزام الطبيعى ، وأخذنا بالرأى الذى كان وارداً فى نص المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة . فقد كان هذا النص يقضى كما رأينا بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة ، ما دام القانون قد نص على ذلك ، ونص فى الوقت ذاته على الطريقة التى بها تجاز وهى التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة . ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية ، وإنما تجاز بالتنفيذ الاختيارى . ومعنى التنفيذ الاختيارى أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعيب فى الشكل ، ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة من أمره ، فيسلم المال للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة . فعند ذلك تنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ؛ ومتى انقلبت صحيحة فقد نقلت ملكية المال الموهوب — عقاراً كان أو منقولا — للموهوب له ، فلا يستطيع الواهب أن يسترده .

وهذا هو التكييف الذى نؤثره ، ونستند فيه إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) هو ما أوردناه فى الجزء الأول من الوسيط فى خصوص البطلان الذى يرجع إلى اعتبارات شكلية . فقد ذكرنا أن الشكل هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال به ،

= لهذا السبب ، فإن الهبة الباطلة ليست مجردة من جميع الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبى ينقلب إلى التزام مدنى إذا حصل استبداله قانوناً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . انظر عكس ذلك وفى أن الهبة الباطلة للشكل باطلة بطلاناً مطلقاً وتمتنع إجازتها محكمة مصر الكلية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ .

فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا[1] .

(والسبب الثانى) هو ما أوردناه فى الجزء الثانى من الوسيط من أنه لو صح أن يتخلف عن الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعى ، لصلح هذا الالتزام ، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء ، بل أيضاً ليكون سبباً لالتزام مدنى (م ٢٠٢ مدنى) . فيستطيع الواهب أن يتهرب من الشكل على الوجه الآتى : يهب المال فى ورقة عرفية ، فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعى ، يتخذه سبباً لالتزام مدنى نحو الموهوب له ينشئه أيضاً بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانوناً[2] .

---

(١) ونقل هنا ماسبق أن قلناه فى هذا الصدد : « فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية ، فى الحالة الأولى يكون العقد الشكلى الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين له الجزاء الذى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صحه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره » (الوسيط جزء أول فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢ . وانظر أيضاً ص ٢٥٥ فى الهوامش) .

(٢) ونقل هنا ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد : « ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول (التزام بدأ مدنياً فعاقه منذ البداية مانع قانونى من ترتيب أثره فانقلب طبيعياً) ، عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة . ولو صح هذا لصلح هذا الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها —

ويخلص مما قدمناه أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هبة باطلة فى الشكل ، سواء كان المال الموهوب عقاراً أو منقولا ، فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء لالتزام طبيعى ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة — نص عليها القانون — لهبة باطلة فى الشكل . وهذه الإجازة صححت الهبة ، فانتقلت الملكية للموهوب له ، فلم يعد الواهب يستطيع أن يستردها . ويجب أن نغفل فى هذا الصدد ما جاء فى المذكرة الإيضاحية وما ورد فى الأعمال التحضيرية مما سبق أن ذكرناه تفصيلا[1] .

= سبباً لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى ، وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح فى رأينا أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك (الوسيط ٢ فقرة ٣٩٥ — وانظر أيضاً من هذا الرأى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام الجزء الأول فى آثار الالتزام فقرة ١٤٠ ص ٢٨٧ هامش رقم ٢ — وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٤ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٩ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣) .

وفى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل — وإجازة هذه الهبة بوجه عام — على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧١ — فقرة ١٦٧٢ ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها قابلة للإبطال بالنسبة إلى الورثة ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبى بموت الواهب : الوسيط جزء ٢ ص ٧٣٧ هامش رقم ٢) .

(١) انظر رأياً آخر يذهب إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسمية شكلا جديداً ذا صبغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختيارى الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٩ . ويؤخذ على هذا الرأى أنه يخلط بين التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة والقبض فى هبة المنقول : انظر فقرة ٨٢ .

ولا يؤدى هذا الرأى إلى النتائج التى تؤدى إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختيارى . وصاحب هذا الرأى نفسه يبرز فرقين : أحدهما أن الهبة تعتبر منعقدة من وقت التنفيذ الاختيارى =

٤٧ — هبة المنقول الباطلة لعيب فى الشكل : فتنفيذ الهبة الباطلة لعيب فى الشكل هو إذن إجازة خاصة لهذه الهبة وتصحيح لها . فإذا وقعت هذه الهبة الباطلة على منقول ، كان أمام الواهب لتصحيح هذه الهبة طريقان : (الطريق الأول) أن يغفل الشكل الباطل ، ويحل محله القبض ، فتصبح هبة المنقول هبة يدوية . ويكون القبض فى هذه الحالة ليس تنفيذاً لعقد الهبة الباطل ، بل هو إتمام لهبة يدوية فى المنقول . (والطريق الثانى) أن ينفذ الهبة الباطلة تنفيذاً اختيارياً ، وذلك عن طريق القبض أيضاً . ولكن القبض هنا ليس إتماماً لهبة يدوية فى المنقول ، بل هو تنفيذ لهبة باطلة .

فالواهب فى كل من الطريقين المتقدمى الذكر يسلم المنقول إلى الموهوب له ، فتتم الهبة فى الطريق الأول ، وتصح فى الطريق الثانى . على أن هناك فرقاً هاماً ما بين الطريقين يظهر فيما يأتى : لو قصد الواهب الطريق الأول ، وأراد أن يتم الهبة بالقبض ، فالهبة لا تتم إلا من وقت القبض . أما لو قصد الطريق الثانى ، وأراد أن يصحح الهبة بالقبض عن طريق التنفيذ الاختيارى ، فالهبة تنقلب صحيحة من وقت صدورها لأن للإجازة أثراً رجعياً ينسحب إلى وقت وجود العقد .

§ ٢ — الاستثناءات من وجوب الشكلية أو العينية فى الهبة

٤٨ — الهبة غير المباشرة والهبة المستترة : قدمنا أن الواهب يتصرف فى ماله دون مقابل ، إما بنقل حق عينى للموهوب له ، أو بإنشاء التزام

= ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة من وقت صدورها ، والفرق الثانى أنه إذا كان الذى قام بالتنفيذ الاختيارى هم الورثة فإن الهبة تكون قد انعقدت بينهم وبين الموهوب له فتنتقل الملكية منهم لا من المورث ، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة بين المورث والموهوب له فتنتقل الملكية من المورث لا من الورثة . ولعل هذا الفرق الثانى هو الذى يظهر ما فى الرأى من غرابة .

شخصى فى ذمته للموهوب له ، وهذه هى الهبة المباشرة[1] . وهى وحدها التى يجب إفراغها فى الشكل الواجب قانوناً للهبة ، أما الهبة غير المباشرة فلا يلزم أن تستوفى هذا الشكل . بل إن الهبة المباشرة ذاتها لا يلزم أن تستوفى الشكل إذا هى لم تكن مكشوفة ، بل تمت تحت ستار عقد آخر (م ٤٨٨ / ١ مدنى) .

ويخلص من ذلك أن الهبة التى يجب أن تستوفى الشكلية (أو العينية فى المنقول) هى الهبة المباشرة المكشوفة . فتخرج إذن : (١) الهبة غير المباشرة (donation indirecte) (٢) والهبة المستترة (donation déguisée) . ونستعرض كلا من هذين الاستثنائين .

أولا — الهبة غير المباشرة

٤٩ — *تحرير معنى الهبة غير المباشرة* : حددنا فيما قدمناه الهبة المباشرة بأنها تصرف الواهب فى ماله للموهوب له على سبيل التبرع . فالذى يميز الهبة المباشرة أنها تصرف مباشر فى المال : إما بنقل حق عينى أو بإنشاء التزام شخصى كما سبق القول . فإذا أعطى شخص لآخر داراً أو سيارة دون مقابل على سبيل التبرع ، يكون قد نقل له حقاً عينياً هو حق الملكية على الدار أو على السيارة ، فتكون الهبة هبة مباشرة . وإذا التزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع ، فإنه يكون قد التزم له بحق شخصى هو إعطاء شىء (obligation de donner) ، وتكون الهبة هنا أيضا هبة مباشرة .

ومن تحديد الهبة المباشرة على هذا النحو نستخلص تحديد الهبة غير المباشرة . فحيث يكسب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

على سبيل التبرع عن طريق الواهب ، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب ، فتلك هى الهبة غير المباشرة[١] .

٥٠ — **أمثلة على الهبة غير المباشرة** : ويمكن بعد ذلك أن نورد أمثلة على الهبة غير المباشرة : فالنزول عن حق عينى يعتبر هبة غير مباشرة . مثل ذلك أن ينزل صاحب حق الانتفاع أو حق السكنى أو حق الاستعمال عن حقه فيؤول لمالك الرقبة ، أو ينزل صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق الحكر عن هذا الحق فيؤول للمالك . ففى هذه الأحوال كسب الموهوب له (وهو المالك) حقا عينيا عن طريق الواهب ، ولكنه كسب هذا الحق لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه وتركه إياه[٢] .

والنزول عن حق شخصى — أى الإبراء — يعتبر هبة غير مباشرة . فإذا أبرأ الدائن ذمة مدينه من الدين ، كان هذا هبة غير مباشرة ، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين ، لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه ، كما هى الحال فى النزول عن حق عينى[٣] .

---

(١) قارن أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش رقم ٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٢٥ — وانظر فى معيار للهبة غير المباشرة وردها إلى فكرة التصرف غير المتصف أو المحايد (acte neutre) إلى الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٩٦ وما بعدها . وقد أدخل بموجب هذا المعيار فى الهبات غير المباشرة التصرفات المجردة والإقرار بالدين والتعهد بالوفاء وحوالة الحق وحوالة الدين ، وفى رأينا أن بعض هذه التصرفات هبات مستترة وبعضها يصح أن يكون هبات مباشرة مكشوفة .

(٢) ولكن هبة حق الانتفاع لغير مالك الرقبة تكون هبة مباشرة تستلزم الرسمية ، لأن التصرف هنا ينقل حق الانتفاع من صاحبه إلى الموهوب له (انظر الأستاذ أكثم الخولى ص ١٤٣ — ص ١٤٤ — وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٢٤ ولكن انظر مع ذلك ص ١٢٥) .

(٣) قارن المادة ٦٠٧ من التقنين المدنى العراقى ، وتنص على ما يأتى : « ١ » إذا وهب =

والاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع يعتبر هبة غير مباشرة . فإذا باع شخص دارا من آخر ، واشترط عليه أن يدفع الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ البائع مقابلا من والده عن هذا الإيراد ، كان هذا الاشتراط هبة غير مباشرة من البائع لوالده . ذلك أن والد البائع قد كسب عن طريق البائع التزاما بدفع الإيراد ، ولكن البائع لم يلتزم بهذا الإيراد مباشرة لوالده ، بل الذى التزم به شخص آخر هو المشترى ، ولذلك كانت الهبة غير مباشرة . وإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ، فاستحق أولاده مبلغ التأمين ، كان هذا التأمين أيضا هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده ، لأن التأمين هنا ليس إلا اشتراطا لمصلحة الغير(١).

ويمكن القول أيضا بأن قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل ، لأن المحيل كسب براءته من الدين ، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال ، دون أن يلتزم للمحيل وإلا كانت الهبة مباشرة . وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن يوفى دين غيره ، فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم ؛ لأن هذا قد التزم لا للمدين بل للدائن ، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة(٢) .

= الدائن الدين للمدين أو أبرأ ذمته منه ولم يرده المدين تم الهبة ويسقط الدين فى الحال .
٢ . وإذا وهب الدائن الدين لغير المدين ، فلا تتم الهبة إلا إذا قبضه بإذن الواهب » .

أما الصلح مع المدين المفلس بالنزول عن جزء من الدين فليس بهبة أصلا — لا مباشرة ولا غير مباشرة — لأن النزول هنا ليس بنية التبرع كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٤٣٨ فى الهامش) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٦٢ من المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا تمت الهبة فى صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص إلا الشكل الذى قد يتطلبه العقد مابين المشترط والمتعهد » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن حكمه وارد فى الاشتراط لمصلحة الغير (انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ فى الهامش) .

(٢) وكذلك تعتبر هبة غير مباشرة أن يجعل شخص شخصاً آخر يبيع عيناً لشخص ثالث ويلتزم الأول بدفع الثمن، إذ الموهوب له هنا قد انتقلت إليه ملكية العين لا من الواهب الذى =

٥١ - تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة : وهناك تصرفات اختلف

= التزم بدفع الثمن ، بل من صاحب العين الذى باعها . ويعتبر الموهوب هو العين المبيعة لا الثمن (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦) . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن شراء شخص لآخر عيناً والتزامه بدفع الثمن عنه يعتبر هبة مستترة لا هبة غير مباشرة (نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ٤٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٤٨ - ٣٠ مايو سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١ - ٦١٧) . وينتقد الفقه الفرنسى أن تكون الهبة هنا هبة مستترة ، ويذهب إلى أنها هبة غير مباشرة على النحو الذى قدمناه (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٨٨ : - فقرة ٨٩ : وفقرة ٥٥٠) . وقد ذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن الهبة تقع على الثمن) . وتعتبر مقبوضة بدفع الثمن للبائع (١٤ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٢ ص ٢٩٤٣) وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٢٥ . وانظر فى هذا المعنى أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٣٤٢ ، ويرون أن الهبة وقعت غير مباشرة بالتزام الواهب بدفع الثمن للبائع ، ولكن الأقرب إلى قصد المتعاقدين هو أن يكون المبيع ذاته لا الثمن هو الشىء الموهوب (انظر أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٢٨ - وانظر أيضاً أحكام محكمة النقض الفرنسية السالف الإشارة إليها) .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان هناك مسوغ لفسخ الهبة وفسخها الواهب ، استرد من الموهوب له المبيع لا الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد فى تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش ، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف عما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين فى الحقيقة بل المشترى هى الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشترى بعقد ثم تهب بآخر ، بل يتم الأمران بعقد واحد ، فهذا الذى حصلته المحكمة يسوغه ما ورد فى الإقرار ، والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت فى صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشترية الواهبة ، وإذ حكمت ببطلان البيع الذى تصرف به الموهوب لهم فى الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هى طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً (نقض مدنى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٣ ص ٧٠٣) .

وليس من الضرورى أن يكون الشراء باسم الغير مقترناً بنية الهبة . وقد قضت محكمة =

الرأى فيها ، يعدها البعض هبات غير مباشرة ، ويعدها آخرون هبات مستترة . ونذكر من هذه التصرفات الإقرار بالدين وعقود المحاباه .

ففى الإقرار بالدين يقر الواهب بدين عليه للموهوب له ، والحقيقة أنه غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع . ولا نرى أن الإقرار بالدين على هذا النحو هبة غير مباشرة ، بل هو هبة مباشرة إذ التزم الواهب مباشرة للموهوب له . ولكن الهبة هنا مستترة تحت اسم تصرف آخر هو الإقرار ، فلا تجب الرسمية لا لأن الهبة غير مباشرة بل لأنها مستترة.

كذلك عقود المحاباة نرى أنها هبات مستترة ، لا هبات غير مباشرة فإذا باع شخص عينا لآخر بثمن بخس حاباه فيه بقصد التبرع ، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثمن المدفوع . وهذه الهبة هى هبة مباشرة لأن البائع نقلها مباشرة من ذمته إلى ذمة المشترى ، ولكنها هبة يسترها عقد البيع ، فلا تشترط فيها الرسمية لا لأنها هبة غير مباشرة بل لأنها هبة مستترة[1] .

= النقض بأن دفع الزوج ثمن العقار من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجرداً عن هذه النية ، وكأن يكون الغرض منه استعارة اسم الزوجة فى الشراء . فإذا استخلصت المحكمة انعدام نية الهبة مما حواه إقرار موقع عليه من زوجين يفيد دفع الزوج ثمن المبيع الذى اشترته زوجته ، وأنه إنما استعار اسمها فى العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ، ومن كون ورثة الزوجة لم يحركوا ساكناً إزاء العقد محل الدعوى بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهاء سبع سنوات حتى توفى الزوج ، فهذا استخلاص سائغ (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠) . والظاهر أن العقد وصية مستترة ، وهى باطلة لأنها لوارث ، وقد سقطت على كل حال لموت الموصى لها قبل الموصى .

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٣٤٢ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٨٢ وفقرة ٥٤٤ .

ولكن يذهب بعض الفقهاء إلى أن عقود المحاباة هبات غير مباشرة ، ولا تشترط فيها =

٥٢ – استثناء الهبات غير المباشرة من الشكلية والعينية : والهبة غير المباشرة بالتحديد الذى قدمناه تستثنى من وجوب الشكلية والعينية ، إذ القانون لم يشترط الشكلية أو العينية إلا فى الهبات المباشرة المكشوفة . ومن ثم تتم الهبة غير المباشرة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض فى المنقول[١] .

وإذا استعرضنا الأمثلة التى قدمناها للهبة غير المباشرة ، وهى النزول عن الحق العينى والإبراء والاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الدين ، وجدنا أن القانون نظم هذه التصرفات تنظيماً خاصاً ، وصرح فى بعض الحالات بعدم ضرورة الشكلية فيها . فيجب إخراجها من منطقة الهبة المباشرة ، ولا يسرى عليها إلا التنظيم الخاص بها .

فقد نظم القانون الاشتراط لمصلحة الغير ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشراً قبل المتعهد لا قبل المشترط م (م ١٥٤ مدنى) . وسواء كان الاشتراط لمصلحة الغير بمقابل أو بغير مقابل ، فهذا هو النظام الذى يتبعه ، وليس فيه الشكلية . فإذا كان بغير مقابل ، كان هبة غير مباشرة كما قدمنا ، وقد أعفيت من الشكلية بحكم النظام الخاص الذى يسرى على الاشتراط لمصلحة الغير .

ونظم القانون أيضاً حوالة الدين ، فأجاز أن تتم هذه الحوالة باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين نحو الدائن أو باتفاق بين الدائن

الرسمية لهذا السبب (بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٢٢ وفقرة ١٢٣٦ – بونسار ص ١٨٦ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٦٢ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٠٥) .

(١) استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ – ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٣ – ١٥ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ .

والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه (م ٣١٥ و م ٣٢١ مدنى) . وهذا النظام يسرى سواء كان المحال عليه اعتزم الرجوع عند الوفاء بالدين على المحيل أو تبرع له ، وليس فيه الشكلية . فإذا كان المحال عليه قد تبرع للمحيل بوفاء الدين عنه ، كان هذا هبة غير مباشرة كما قدمنا ، وقد أعفيت من الشكلية بحكم النظام الخاص الذى يسرى على حوالة الدين .

ونظم القانون الإبراء من الدين ، فقرر أن ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا (م ٣٧١ مدنى) . وهذه هبة غير مباشرة كما قدمنا ، نص القانون صراحة فيها على أن الشكلية لا تشترط ، إذ تقول المادة ٣٧٢ مدنى : « ١ — يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع . ٢ — ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » .

وقل مثل ذلك فى سائر الهبات غير المباشرة .

— سريان الأحكام الموضوعية على الهبات غير المباشرة: وإذا كانت الأحكام المتعلقة بالشكل أو بالعينية لا تسرى فى الهبات غير المباشرة ، فإن الأحكام الموضوعية تسرى ، كجواز الرجوع فى الهبة والطعن بالدعوى البولصية وأهلية التبرع والتصرف فى مرض الموت وغير ذلك من الأحكام .

وتثبت الهبة غير المباشرة وفقا للقواعد العامة المقررة فى الإثبات . فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما بين المتعاقدين فيما يجاوز عشرة جنيهات ، كما إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فطلب منه إثباتها . أما الغير فله أن يثبت الهبة غير المباشرة بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ، كما إذا أراد دائن الواهب أن يطعن فى الهبـــة غير المباشرة بالدعوى البولصية[1] .

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٥٦ — فقرة ٥٦٥

ثانياً – الهبة المستترة

٥٤ – التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة : يجب التميز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة . فالهبة المستترة هبة مباشرة ، إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينياً أو يلتزم له بحق شخصى ، وهذا أول فرق بين الهبتين . والفرق الثانى أن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقتها ، فهى فى حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر . أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهى هبة فى الحقيقة وفى الظاهر .

والهبة غير المباشرة أعفيت من الشكل بحكم النظام الخاص الذى يسرى عليها كما سبق القول . أما الهبة المستترة فهى هبة مباشرة ، وكان الواجب أن تخضع لشكل الهبة ، ولكن القانون أعفاها من هذا الشكل بنص صريح ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدنى كما رأينا : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر[1] » . فالنص يعفى الهبة التى تتم تحت ستار عقد آخر ، أى الهبة المستترة ، من الشكلية ، سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول . ومن ثم تتم هبة المنقول

---

(١) ولايوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مقابل يعفى الهبات المستترة من الشكل ، ولكن القضاء الفرنسى قد استقر على إعفاء هذه الهبات من الشكل تقريباً لها من الهبات غير المباشرة ولحماية الغير الذى يتعامل مع الموهوب له ، وقد استند القضاء الفرنسى فى ذلك إلى بعض نصوص ليست حاسمة ، ولكن الاعتبارات العملية هى التى تغلبت فى استقرار القضاء ، ولم يعد الفقه الفرنسى يستطيع المنازعة فى ذلك (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش رقم ٢٢ – بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٣٧ – فقرة ١٢٤١ – بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٤٢٤ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣٣٥٠ – كولان وكابيتان ٣ فقرة ١٦٢١ – بيدان وفوارال فقرة ٢٢٦ – دالليى Dalligny رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – جوليفيه Jolivet رسالة من پواتييه سنة ١٩٤٠ – نوفو Nouveau رسالة من نانسى سنة ١٩٤٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٦٧ – فقرة ٤٧١ .

دون حاجة إلى ورقة رسمية ودون حاجة إلى القبض ، إذا كانت هبة مستترة .

٥٥ — أمثلة على الهبة المستترة : ومن الأمثلة على الهبات المستترة الهبة المستترة فى صورة عقد بيع ، وهذا هو المثل الغالب فى التعامل .

ومن ذلك الهبة المستترة فى صورة حوالة الحق . فيحيل صاحب الحق حقه إلى المحال له على سبيل التبرع ، ولكنه يكتب فى الحوالة مقابلا يستر به الهبة .

ومن ذلك الهبة المستترة فى تظهير الكمبيالة والسند تحت الإذن ، ويقرر المظهر أن القيمة وصلته نقداً أو قدمت أو نحو ذلك ، والحقيقة أن التظهير كان على سبيل التبرع[١] .

ومن ذلك الهبة المستترة فى صورة قرض ، فيكتب الواهب سنداً عليه بمبلغ من النقود يقول إنه تسلمها على سبيل القرض ، ويكون فى الحقيقة قد التزم بها على سبيل التبرع[٢] .

ومن ذلك الهبة المستترة فى صورة إقرار بالدين ، فيكتب الواهب إقراراً بدين عليه لآخر ، وهو فى الحقيقة غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع[٣] .

ومن ذلك عقود المحاباة ، فهى هبات مستترة فى القدر المحابى به ، وقد سترتها عقود المعاوضة[٤] .

ومن ذلك الهبة المستترة فى عقد إيراد مرتب مدى الحياة ، فيلتزم

---

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٤٤ .

(٢) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٤ .

شخص لآخر بترتيب إيراد له مدى الحياة ، ويكتب مقابلا صوريا لهذا الإيراد ، ويكون فى الحقيقة متبرعاً بالإيراد .

والأمثلة كثيرة على الهبات المستترة باسم عقود أخرى[1] .

٥٦ — وجوب ستر الهبة بعقد آخر مستوف لشروط الانعقاد فى الظاهر :
والمهم ألاّ تكون الهبة سافرة ينم ظاهرها عن أنها هبة مكشوفه . فيجب إذن أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة ساتر لها ، ويجب أن يحكم هذا العقد ستر الهبة ، فهذا العقد الساتر إنما هو فى الواقع ضرب من الشكلية حل محل شكلية الهبة أو عينيتها إذا كانت هبة منقول[2] .

ومن ثم يجب أن يتوافر فى العقد الساتر جميع شروط انعقاده فى الظاهر[3] .

---

(١) فالشركة التى يعطى فيها الشريك أسهماً دون أن يدفع حصة فى رأس المال تخفى هبة مستترة لهذا الشريك ، والتوكيل بتسلم شىء مودع لحساب الموكل قد يخفى هبة هذا الشىء للوكيل (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٧) .

وقد تستتر الهبة فى صورة تخارج (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٦ ص ٤٠٨) ، أو فى صورة إقرار بالملك (استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٠–٢ ص ٢٤٠) ، أو فى صورة سند تحت الإذن (استئناف مصر ٢٣ يونية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٧ ص ٣٠٤ – استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٨٦ ص ٣٥٧) .

وليس من الضرورى أن يكون العقد الساتر ناقلا للملكية ، فيصح أن يكون من العقود الكاشفة كالصلح (چوليڤيه ص ٦٨ ، الأستاذ أكثم الخولى ص ١٢٥ هامش رقم ١ – عكس ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٣٥٧) . ولكن هبة الوالد أمواله لولديه وتسمية الهبة بأنها قسمة ليست إلا هبة مكشوفة ، فتكون باطلة إذا لم تكن فى ورقة رسمية (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦) .

(٢) فالجهد الذى يبذله الواهب فى ستر هبته فى صورة عقد آخر كفيل أن ينبهه إلى ما هو مقدم عليه من تصرف ، ويدل فى الوقت ذاته على تصميمه على المضى فى تصرفه ، وهذا يحل محل الشكلية أو العينية فى حماية إرادة الواهب (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٣١ وفقرة ٤٧١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة وفقاً لها ←

فإذا ستر الهبة حوالة حق يجب أن تكون الحوالة مستوفية لشروط انعقادها ونفاذها . ولما كانت حوالة الحق ليست عقدا شكلياً ، فلا يشترط إذن شكل خاص . ولكن يجب أن يذكر مقابل صورى للحوالة حتى لا ينم العقد عن الهبة ، وأن يقبلها المدين أو يعلن بها حتى تكون نافذة فى حقه (م ٣٠٥ مدنى)[١] .

وإذا كانت الهبة فى صورة كمبيالة مظهرة . وجب أن تستوفى الكمبيالة شروطها الشكلية والموضوعية ، وأن يستوفى التظهير شروطه كذلك .

وإذا كانت الهبة فى صورة عقد ترتيب إيراد ، وجب أن يستوفى هذا العقد شروطه . وتقول المادة ٧٤٣ مدنى فى هذا الصدد : « العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع » . ويخلص من هذا النص أن ترتيب الإيراد على سبيل الهبة السافرة يجب أن يستوفى شكلية الهبة . أما إذا كتب فى العقد مقابل صورى للإيراد ليستر الهبة ، وجب أن يستوفى هذا العقد أيضاً شروطه الشكلية ، فيجب أن يكون فى ورقة مكتوبة ، وليس من الضرورى أن تكون ورقة رسمية .

= أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً كل الشروط المقررة له من حيث الشكل ، فإذا كان سند الدين موضوع النزاع مستكملا جميع شرائط سندات الدين الصحيحة ، واستخلصت محكمة الموضوع أن التصرف الوارد فيه كان منجزاً وغير مضاف إلى ما بعد الموت ، ثم كيفيته على فرض كونه تبرعاً بأنه هبة صحيحة نافذة فى حق ورثة الواهب ، فذلك هو مقتضى التطبيق الصحيح للقانون (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧) .

(١) فإذا تنازلت سيدة تداين ابنها بسند لابنة ابنها عن هذا الدين نظير جهازها ، فهذه هبة مكشوفة لا مستترة ، ويجب أن تتم بورقة رسمية أو بالقبض (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٥١-٢ ص ٤٨٢) . وإذا لم يذكر مقابل للحوالة ، فهى هبة مكشوفة تستوجب الرسمية (اسكندرية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . وإذا خصصت شركة نسبة مئوية من أرباحها لشخص ، ولم تخف ذلك تحت اسم عقد آخر ، بل ذكرت أن هذا التخصيص هو لإعانة الموهوب له ، فالهبة مكشوفة تستوجب الرسمية (استئناف مختلط ٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

وإذا كانت الهبة فى صورة إقرار بالدين ، وجب ألا يظهر من الإقرار ألا دين هناك وأن الإقرار مجرد التزام على سبيل التبرع وإلا كان الإقرار غير ساتر للهبة ، وكانت الهبة مكشوفة تستوجب الرسمية . ومن ثم فالإقرار بالدين الصادر من شخص لآخر ، والمذكور فيه أنه كتب اعترافاً بجميل المقر له بالدين ، لا يكون إقراراً ساتراً لظهور فكرة التبرع فى عبارات الإقرار ذاتها[1] ؛ وإذا لم يذكر فى الإقرار سبب الدين ، واقتصر الواهب على أن يذكر أنه يقر بدين فى ذمته لفلان مبلغ كذا ، أو أنه يتعهد لفلان يدفع مبلغ كذا ، كان الإقرار فى هذه الحالة ساترا والهبة مستترة ، فتصح دون ورقة رسمية ، لأن الإقرار الحقيقى لا يشترط فيه ذكر سبب الدين ويفترض أن للدين سببا[2] .

وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى التى تستر الهبة ، ونقف من هذه العقود بوجه خاص على عقد البيع ، لأن الهبة المستترة أكثر ما تستتر

---

(١) ولا يجوز أن يكون الإقرار صحيحاً فى هذه الحالة إلا إذا فسر على أنه وفاء لالتزام طبيعى . فلا يستلزم الوفاء ورقة رسمية (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation ٤٩٤ – فقرة ٤٩٥) .

(٢) أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٩٦ – وانظر فقرة ٥٣٢ حيث يعتبر الإقرار غير المتضمن لسبب هبة غير مباشرة ، وفى رأينا أنها هبة مستترة كما فى الإقرار المتضمن لسبب الدين .

ويخلص من ذلك أن الهبة التى يسترها إقرار عرفى بالدين كسند تحت الإذن تكون صحيحة (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٦ – استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ – ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٢ – ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٢ – ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥م ٤٨ ص ٥١ – ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) . وانظر فى هبة فى صورة إقرار بالدين مستكمل لجميع الشروط : نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ – استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٢٧٤ .

ويتبين مما قدمناه أن جميع التصرفات المجردة إذا انطوت على هبات فهى هبات مستترة ، وإن كان بعض الفقهاء يذهب إلى أنها هبات غير مباشرة .

به فى العمل هو هذا العقد . فالهبة المستترة فى صورة بيع يجب أن تستوفى شروط البيع فى الظاهر . ولما كان البيع عقداً رضائياً ، فلا يشترط شكل خاص لانعقاد الهبة المستترة به . ولكن يجب أن يكون هناك مبيع وثمن . أما المبيع فهو الشىء الموهوب ، يسميه المتعاقدان مبيعا . وأما الثمن فصورى لا حقيقة له ، وإنما يذكر لستر الهبة . ولا بد من ذكره ، فإذا لم يذكر أصبحت الهبة سافرة تستوجب الشكلية . كذلك إذا ذكر ثمن تافه ، كانت الهبة سافرة لا بد لانعقادها من ورقة رسمية[1] . أما إذا ذكر ثمن بخس ، فإما أن يكون هذا الثمن صوريا ، فتصح الهبة لأنها استترت بالبيع بعد أن استوفى شروطه فى الظاهر بذكر الثمن . وإما أن يكون الثمن البخس جدياً . فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل الغبن مضطراً ، فإن العقد يكون بيعاً صحيحاً لأن الثمن البخس لا يبطل البيع . وإذا كان البائع قصد أن يحابى المشترى بالفرق بين ثمن المثل والثمن البخس ، فالعقد فى مقدار المحاباة هبة مستترة كما سبق القول . وقد يذكر فى البيع الساتر للهبة ثمن يعادل ثمن المثل ، ولكن يقرر البائع فى العقد أنه وهبه للمشترى أو أبرأه منه ، فهذه هبة سافرة لا مستترة ، ويجب أن تستوفى شرط الشكلية أو العينية[2] . فالواجب إذن أن يُحكم

---

(١) وإذا كان الثمن المذكور إيرادا مرتباً مدى الحياة ، وكان الإيراد أقل من ريع العين ، فقد قدمنا عند الكلام فى البيع أنه يعتبر ثمناً تافها ، وتكون الهبة مكشوفة لا مستترة ، فتستوجب الرسمية (انظر الوسيط ٤ فقرة ٢١٦) .

(٢) وقد كانت أحكام القضاء متضاربة فى هذه المسألة . فبعضها كان يذهب إلى أن العقد يكون فى هذه الحالة هبة مستترة لا تستوجب الشكلية ، لأن الهبة لم تنصب إلا على الثمن وهو منقول فتجوز هبته بدون ورقة رسمية . ويبقى البيع بعد أن ذكر فيه الثمن ساتراً للهبة . ولا فرق بين أن يذكر البائع أنه قبض الثمن ولم يكن قد قبضه فعلا وبين أن يقول إنه وهب الثمن أو أبرأ المشترى منه ، بل هو فى الحالة الأخيرة يقرر الواقع فيكون أولى بالرعاية : استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية —

= ٩ رقم ٨٧ ص ٢٠٠ – ٤ يونيه سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ – ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٢ ص ١١٩ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٤ ص ١١٨ – ١٣ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٤ ص ٢٠٠ – ٢٩ نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٦٠ / ١ ص ١٤٨ – ٨ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٤٤ ص ٤٩٠ – ٤ يونيه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١٣ ص ١٩٥ – ٢٢ مايو سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٩٢ ص ٤٣٨ – استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ – ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ١٥٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

وذهبت أحكام أخرى إلى أن العقد يكون فى هذه الحالة هبة مكشوفة تستوجب الرسمية ، إذ لابد فى البيع الساتر للهبة أن يكون فى ظاهره دالا على بيع حقيقى ولا يوجد بيع حقيقى إذا وهب البائع الثمن للمشترى أو أبرأه منه ، والقول بأنه تجوز هبة الثمن لأنه منقول فيه تجزئة العقد إلى عقدين وهذا مالم يقصد إليه المتعاقدان . على أن هبة الثمن يجب أن تكون هى أيضاً فى ورقة رسمية مادام الثمن لم يقبض : استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٩ ص ٤ – ٦ يونيه سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١٨٠ – ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٠ ص ٢٣٨ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٦٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٩ ص ٢٩٩ – ٢ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٥ ص ١٢٠ – ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٩ ص ٢١٢ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٧٧ ص ٢٩٥ – ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥١ ص ٨١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٨٩ ص ٥٥١ .

وقد طرحت المسألة على دوائر محكمة الاستئناف الوطنية المجتمعة ، فقضت فى أول مايو سنة ١٩٢٢ (المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨ – المحاماة ٢ رقم ١٦٠ ص ٤٧٣) بالرأى الثانى ، مستندة إلى أنه إذا لم يكن عقد الهبة المستترة فى ظاهره عقداً ذا عوض ، بل كان ظاهره كاشفاً لنية التبرع أو دالا عليها ، كانت الهبة باطلة لأنها تكون هبة مكشوفة لا مستترة . ولاتكون صحيحة إلا إذا كان العقد جامعاً فى الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده ، أى مذكوراً فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده . ثم إن هبة الثمن أو الإبراء منه يدل كل مطلع عليه أنه عقد تبرع ، فلا حاجة هنا لحماية الغير بتصحيح الهبة . والقول بأن الهبة تصح فى الثمن لأنه منقول غير صحيح ، لأن المنقول الذى لم يقبض لا تجوز هبته إلا بعقد رسمى . والقول بأنه لا يصح نقض تصرف من كان صريحاً فى عمله فى حين إجازته لوكان أخفى غرضه مردود بأن المسألة هنا مسألة تطبيق نص قانونى ، على أن الواقع أن الواهب لم يكن صريحاً فى عمله فقد أراد التحايل ولكنه ضل الطريق فلم يعرف كيف يستوفى شرائط العقد الذى التجأ إليه ليتخذه حيلة ، وكان فى الواقع =

البيع ستر الهبة ، بأن يذكر فيه ثمن غير تافه[1] ، ولكن ليس من الضرورى أن يذكر فى البيع أن الثمن قد قبض ، بل يصح تصويره على أنه دين قائم فى ذمة المشترى . فإذا ستر البيع الهبة على هذا الوجه ، تمت الهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض فى المنقول[2] .

= يقوم مقام هبة الثمن اعترافه بقبضه ليصح عقده . انظر أيضاً استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٠ ص ١٢٠ .

وقد أخذت بهذا الرأى الثانى محكمة النقض ، فقضت بأنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه ، فإن البيع يقتضى إطلاقاً التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ، ولكن إذا كان لم يذكر فى العقد أو ذكر مع إبراء المتصرف إليه منه أو وهبه له ، فإن العقد فى هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر فإنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ٤٠٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشترى بهذا الثمن ، وعلى أن المشترى التزم بتجهيز أختيه وبالإنفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له فى ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإنفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ، ولا يخرج عقدها عن طبيعته (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

ومتى ذكر الثمن فى العقد كان البيع ساتراً للهبة كما قدمنا ، حتى لو وجدت ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) ، وحتى لو اتفق الطرفان على عدم نقل تكليف العين المبيعة وبقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢ ص ٤٣) .

انظر فى هذا الموضوع الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٧٤ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٨ .

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٨٥ وفقرة ٤٨٧ .

(٢) ودون حاجة إلى استيفاء الثمن بداهة ، إذ المفروض أن الثمن صورى (استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦) .

٥٧ — إعفاء الهبة المستترة من الشكلية وصوع العبفية : لم يكن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يعفى هبة العقار المستترة من الشكلية إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية . أما فيما بين المتعاقدين ، فكانت هبة العقار فى غير ورقة رسمية باطلة حتى لو كانت مستترة . فكانت المادة ٦٦٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . ٢ — على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر وفقاً لما تقضى به مصلحته . فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . فكان هذا النص يجرى على هبة العقار المستترة أحكام الصورية ، فإذا كانت الهبة فى صورة بيع مثلا ، فالعقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين ، فتكون الهبة باطلة لانعدام الشكلية . ولكن الغير حسن النية له أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته تقضى بذلك ، كما إذا اشترى شخص العين الموهوبة من الموهوب له ، فالمشترى فى هذه الحالة يتمسك بالعقد الظاهر ويعتبر الهبة المستترة بيعا نقل الملكية إلى الموهوب له حتى يصح عقد شرائه من هذا الأخير .

وفى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، واستبقيت الأحكام التى كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى السابق(١) ، إذ ألفها المتعاملون

(١) استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٤٢ ص ٨١ — ٣٠ نوفبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥١ — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٦ / ١ — استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ — سوهاج الكلية ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٩ ص ٨٩٣ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٣٧٧ ص ٧٦٢ — الإسكندرية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٢ ص٥٦٠ — استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص٢٠٣ — ١٧ —

منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها . فاستقر التقنين المدنى الجديد على أن الهبة المستترة ، فى العقار وفى المنقول ، تعفى من الشكلية ومن العينية[1] .

فنى الهبة المستترة للعقار ، يكون العقد صحيحاً بالرغم من أنه لم يوثق فى ورقة رسمية ، ويكفى أن يكون العقد الساتر قد استوفى ظاهراً شرائط انعقاده . وتكون الهبة صحيحة لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين .

وفى الهبة المستترة للمنقول ، يكون العقد صحيحاً كذلك بالرغم من أنه لم يوثق فى ورقة رسمية ، وبالرغم من أن الموهوب لم يقبض ، فيغنى العقد الساتر بذلك عن كل من الشكلية والعينية .

٥٨ — **خضوع الهبة المستترة لأحكام الهبة الموضوعية :** على أن الهبة المستترة ، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية . فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية . ويترتب على ذلك أن الهبة المستترة تعتبر هبة ، وتستلزم أهلية التبرع فى الواهب ، ويجب أن يكون الواهب مالكاً لما تبرع به ، ويتخفف فيها من ضمان الاستحقاق[2] وضمان العيب ، وتعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، ويجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد المانع ، وإذا صدرت فى مرض الموت كان لها حكم الوصية[3] .

= يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص٤١٢ – ٣٠ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص٨٤ – ١٥ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ – ٨ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩–١٣ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٨–٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ فى الهامش .

(٢) إلا فى حق الغير ، فإذا كانت الهبة فى صورة بيع وباع الموهوب له العين إلى مشتر ، كان لهذا المشترى الرجوع بضمان استحقاق المبيع على الواهب (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ – ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ =

ومن يدعى أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مستترة ليجرى عليه أحكام الهبة الموضوعية هو الذى يحمل عبء الإثبات . فإذا أدعى المتصرف مثلا أن البيع الصادر منه إلى المشترى ليس إلا هبة مستترة ، وأنه يريد الرجوع فيها ، فعليه هو أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد المقررة فى الإثبات . فإذا كانت قيمة المال المتصرف فيه تزيد على عشرة جنيهات أو كان التصرف مكتوبا[1] ، لم يجز إثبات التستر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ولذلك يكون من الخير للواهب فى الهبة المستترة أن يحصل على « ورقة ضد » من الموهوب له يقرر فيها هذا أن العقد الظاهر هو فى حقيقته هبة مستترة ، حتى يتيسر للواهب إثبات التستر بالكتابة عند الاقتضاء .

وإذا كان الذى يدعى استتار الهبة هو الغير ، كدائن الواهب إذا طعن فى الهبة المستترة بالدعوى البولصية ، فإن هذا الغير هو الذى يحمل عبء الإثبات . ولكن له أن يثبت الاستتار بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، لأنه غير لا يكلف الإثبات بالكتابة[2] .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة مستترة ، ناظراً فى ذلك إلى ظروف التصرف وملابساته ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض[3] .

= م ١٩ ص ٢٦١ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص٣١٤ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٤٠ .

وكذلك يجب تسجيلها فى العقار لتنقل الملكية (استئناف مختلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٣ ص ٧) . ولكن لا يشترط تسجيلها لصحة الهبة فى ذاتها (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩) .

(١) ولكن إذا كان التصرف المكتوب إقراراً بدين لم يذكر سببه ، جاز للواهب أن يثبت بجميع الطرق أن السبب هو التبرع ، لأنه لا يثبت عكس ما هو مكتوب ولا يجاوزه ، وإنما هو يفسر المكتوب (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٩) .

(٢) أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٠٦ — فقرة ٥١٦ .

(٣) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٨ .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٥٩ — الأهلية وعيوب الرضاء : وشروط صحة التراضى فى الهبة ، كشروط صحته فى سائر العقود ، ترجع إلى الأهلية وإلى عيوب الرضاء :

المطلب الأول

الأهلية فى عقد الهبة

٦٠ — أهلية الواهب وأهلية الموهوب له : يجب فى صدد الأهلية التمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له . والقانون يتشدد فى أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع[1] وهى أقوى من أهلية التصرف ، لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضا . وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له ، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفى فيه التمييز ، لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً .

§ ١ — أهلية الواهب

٦١ — الصبى غير المميز والمجنون والمعتوه : عديم التمييز غير أهل لأن يهب ، بل هو لا يستطيع التعاقد أصلا . إذ التعاقد يقوم على الإرادة ولا إرادة لعديم التمييز . ويدخل فى ذلك الصبى غير المميز وهو من لم يبلغ

---

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٦٦٥ منه على أنه « ١ — يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكاً للمال الموهوب ، وأن يكون أهلا للتبرع . ٢ — وتسرى على الهبة فى مرض الموت أحكام الوصية » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وبما جاء فى باب أحكام الوصية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ — ٢٥٨ فى الهامش) .

السابعة من عمره (م ٤٥ / ٢ مدنى) ، والمجنون والمعتوه[1] ، فكل هبة تصدر من أحد من هؤلاء تكون باطلة ولا تلحقها الإجازة[2] .

٦٢ — الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة : وكذلك الصبي المميز — أيا كانت سنه ولو زاد على الثامنة عشرة وكان مأذوناً له فى التجارة — غير أهل لأن يهب . فهو لا يملك أهلية التبرع أصلا ، وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف فى حدود رسمها القانون . وقد سبق أن بيناها عند الكلام فى الأهلية بوجه عام . والهبة التى تصدر من الصبي المميز باطلة ، فلا ترد عليها الإجازة . سواء صدرت هذه الإجازة من الولى أو الوصى أو القيم أو صدرت من المحكمة .

وكذلك السفيه وذو الغفلة المحجور عليهما لا يملكان أن يهبا أموالهما ، والهبة التى تصدر منهما تكون باطلة ولو أذن القيم أو أذنت المحكمة . ذلك أن السفيه وذا الغفلة لا يملكان أهلية التبرع إلا فى الوقف والوصية إذا أذنت المحكمة فيهما (م ١/١١٦ مدنى) ، أما الهبة فلا يملكانها ولو بإذن القيم أو المحكمة كما قدمنا . أما الهبات الصادرة منهما قبل تسجيل قرار الحجر ، فهى فى الأصل صحيحة ، ولا يسرى قرار الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار . لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه ، فيتصرف فى ماله قبل الحجر متواطئاً مع من تصرف إليه ،

---

(١) وقد نصت المادة ١١٤ مدنى على أنه : « ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

(٢) وانظر فى أن تقدم السن قد يعدم التمييز فتكون الهبة باطلة : نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص ٢٤١ . وانظر فى إثبات انعدام التمييز : استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٧ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٤ .

أو ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله ، ففى هاتين الحالتين — التواطؤ والاستغلال — يكون التصرف باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، وقابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢/١١٥ مدنى على ما يأتى : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ[١] » .

٦٣ — ولاية الولى والوصى والقيم فى هبة مال المحجور : وسواء كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه ، أى سواء كان صبيا غير مميز أو مجنوناً أو معتوها أو صبياً مميزا أو سفيها أو ذا غفلة ، فإن الولى أو الوصى أو القيم لا يملك أحد منهم أن يهب مال المحجور ولو بإذن المحكمة . ويستثنى من ذلك أمران : (١) ما نصت عليه المادة ٥ والمادة ٣٨ من قانون الولاية على المال من أنه ليس للولى أو للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة[٢] . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال من أن الوصى أو القيم تجوز له مباشرة التصرفات الآتية بإذن المحكمة : التنازل عن الحقوق والدعاوى ، وقبول الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هــذه الطعون بعد رفعها ، والتنازل عن التأمينات واضعافها[٣] .

٦٤ — البالغ الرشيد : فإذا بلغ الإنسان رشيداً — وسن الرشد

---

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧

(٢) وهذا ما لم يكن المال الموهوب قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، فلا يلزم الأب فى هذه الحالة بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣ من قانون الولاية على المال) .

(٣) وإذا كان الولى هو الجد ، فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التنازل عن التأمينات المعطاة لضمان دين القاصر أو إضعافها (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

إحدى وعشرون سنة — توافرت فيه أهلية التبرع ، ويستطيع عندئذ أن يهب . ولا حد للمال الذى يستطيع أن يهبه ، فله أن يهب بعض ماله أو كل المال لمن يشاء ، وارثاً كان الموهوب له أو غير وارث[١] . فليس هناك نصاب للهبة[٢] ، كما وجد الثلث نصاباً للوصية ، وذلك ما لم تكن الهبة قد صدرت منه وهو فى مرض موته فيكون لها عندئذ حكم الوصية ولا تجوز إلا فى الثلث للوارث ولغير الوارث .

أما إذا وهب البالغ الرشيد فى صحته ولو كل ماله ، فإن الهبة تكون صحيحة[٣] . ولا يوجد فى القانون المصرى — كما يوجد فى القانون الفرنسى — حق للورثة فى إنقاص الهبة (droit de réduction) إلى نصاب الوصية بعد موت الوارث . وإذا كانت الهبة لوارث ، لم يكن للورثة — كما لهم فى القانون الفرنسى — أن يستردوا المال الموهوب للتركة (droit de rapport) ليقتسموه جميعاً مع الموهوب له كل بقدر حصته فى التركة .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الهبة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة لخروجها عن نطاق التحايل على قواعد الإرث ولعدم مساسها بالنظام العام (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢/١٢٢) .

(٢) أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فقد نصت المادة ٥١٢ منه على أنه « لا يصح أن تتجاوز الهبات حد النصاب الذى يحق للواهب أن يتصرف فيه . » ونصت المادة ٥٣١ منه على « أن الهبة التى تتجاوز — طبقاً لما نص عليه فى المادة ٥١٢ — حد النصاب المعين بالنسبة إلى قيمة الأموال التى تركها الواهب عند وفاته ، يجب أن يخفض منها كل ما تجاوز ذلك النصاب . على أن التخفيض لا يبطل مفاعيل الهبة ، ولا حيازة الواهب للثمار فى مدة حياته » . ونصت المادة ٥٣٢ منه على أنه « إذا منحت هبتان أوعدة هبات وتعذر أداؤها تماماً بدون تجاوز حد النصاب ، فالهبات الأحدث عهداً تبطل أو تخفض بقدر تجاوزها حد النصاب » .

وهذه النصوص مشبعة بأحكام التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٤ ص ٤٠٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٦ — ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٦ ص ٧٥٢ — استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٤ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ .

وللزوجة البالغة الرشيدة فى حالة صحتها أن تهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء ، دون إذن زوجها . أما فى القانون الفرنسى ، فلا تجوز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج(1) .

والغائب يملك وكيله من الولاية على ماله ما يملكه الوصى ، فيجوز لهذا الوكيل بإذن المحكمة مباشرة التبرعات التى يجوز للوصى أن يباشرها بإذن المحكمة ، وهى الواردة فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وسبق ذكرها فى الكلام على ولاية الوصى .

وإذا كان البالغ الرشيد محكوماً عليه بعقوبة جنائية . تولى القيم إدارة ماله ، أما أعمال التصرف والتبرع فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

وإذ كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة . وهذه التصرفات هى المذكورة فى المادة ٣٩ من قانون

---

(١) ذهب الليث بن سعد إلى أن تبرعات الزوجه – ومنها هبتها – موقوفة على إذن زوجها أو إجازته إلا ما كان تافهاً حقيراً . وحجته فى ذلك ما رواه أحمد والنسائى وأبو داود عن عبد الله بن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها اهـ . وحديث : لا يجوز للمرأة أمر فى مالها إذا ملك زوجها عصمتها . فأخذ الليث من هذا أنه لا يجوز للزوجة أن تعطى عطية من مالها مطلقاً بغير إذن زوجها ، لكنه استثنى الشىء التافه لجريان التسامح به . وقال طاوس ومالك إنه يجوز لها أن تعطى من مالها بغير إذنه إلى الثلث ، ودليله أيضاً هذا الحديث ، لكنه لما رأى الجمهور من القائلين بأن هرحة أن تتصرف فى مالها كيف تشاء وليس للزوج أن يمنعها من ذلك كما وردت بذلك أحاديث كثيرة تعارض ما تقدم ، حمل تلك الأحاديث على جواز هبة الشىء اليسير بدون إذن الزوج ، وقدره إلى الثلث قياساً على الوصية (الأستاذ أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٠) .

الولاية على المال ، ويدخل فيها التبرعات التى يجوز للوصى مباشرتها بإذن المحكمة والتى سبق بيانها . وتنص المادة ٧١ من قانون الولاية على المال على أن يشترك المساعد القضائى فى هذه التصرفات ، « وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف ، جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها » :

§ ٢ — أهلية الموهوب له

٦٥ — الموهوب له جنين : يجب أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة ، فلا يكفى أن يكون موجودا حكما كالجنين فى بطن أمه . فالهبة للحمل المستكن باطلة ، لأن الهبة إيجاب وقبول ، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولى يقبل عنه[1] . وهذا بخلاف الوصية والوقف ، فيتمان

---

(١) ويجيز مالك الهبة للجنين وللمعدوم . فيجوز أن يهب شخص ماله لحمل ، ويوقف المال الموهوب ، فإن ولد الجنين حياً وعاش كان المال للموهوب له ، وإن مات بعد ولادته حياً كان لورثته ، وإن ولد ميتاً بقى المال على ملك الواهب . ويجوز أن يهب شخص ماله لمعدوم ، فيقول إن ظهر لفلان ولد فهذا المال له ، وفى هذه الحالة لا تكون الهبة لازمة فيجوز للواهب التصرف فيها قبل وجود الموهوب له ، ويذهب ابن القاسم إلى أنه ليس للواهب أن يتصرف فى المال الموهوب حتى ييأس من وجود الموهوب له (الأستاذ أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٦٢٣) .

وتجوز الهبة لغير معين عن طريق الإباحة أو التحليل ، أى إذن الإنسان لغير معين بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه . جاء فى الفتاوى الهندية : رجل سيب دابته وقال من شاء فليأخذها ، فأخذها رجل فهى له ، ومثله من رمى ثوبه وقال من أراد أن يأخذه فليأخذه ، فأخذه رجل ، فهو لمن أخذه . ومثله فى الحكم الدراهم ونحوها التى تنثر على الناس فى الأعراس ونحوها ، فهى ملك لمن التقطها . ومن ذلك الضيافات والولائم فللضيف أن يتناول من الطعام كفايته دون أن يدخر منه شيئاً رجوعاً إلى عرف الناس وعاداتهم (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٥ — ص ٦٦) .

بإرادة منفردة ، ويصحان للحمل المستكن[1] .

٦٦ — الموهوب له صبي غير مميز أو مجنون أو معتوه : قدمنا أن الموهوب له يكفي فيه التمييز ليكون أهلا لقبول الهبة . فإذا كان عديم التمييز ، بأن كان صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها ، لم يكن أهلا لقبول بنفسه ، ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه ، وإذا كانت الهبة الهبة لا تتم إلا بالقبض قبضها عنه ، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن المحكمة . وتنص المادة ٤٨٧ من التقنين المدنى فى هـــذا الصدد على ما يأتى : « ١ — لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه . ٢ — فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب »[2] .

---

(١) ويجوز تعيين وصى مختار للجنين فى حالة الوصية له (م ٢٨ و م ٢٩ من قانون الولاية على المال) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٤ من المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ؛ ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٥٥ (مطابق) . وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٧٦ (مطابق) — وفى التقنين المدنى العراقى : م ٦٠٤ — يملك الصغير المال الذى وهبه إياه وليه أو من هو فى حجره بمجرد إيجاب الواهب مادام المال فى يده أو كان وديعة أو عارية عند غيره ولا يحتاج إلى القبض . م ٦٠٥ . إذا وهب شيء لصبى غير مميز ، قام مقامه وليه أومن هو فى حجره . م ٦٠٨ — يشترط أن يكون الواهب عاقلا بالغا أهلا للتبرع ، فإن كان كذلك، جاز له أن يهب فى حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء ، سواء كان أصلا له أو فرعاً أوقريباً أو أجنبياً عنه ولو مخالفاً لدينه . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٥١٥ — كل شخص يستطيع التعاقد والتصرف فى ملكه يمكنه أن يهب . ولا يحق للولى أن يتصرف بلا بدل فى الأموال التى يتولى إدارتها . م ٥١٦ — كل شخص يصرح القانون تصريحاً خاصاً بعدم أهليته لقبول الهبة —

ونرى من ذلك أن الولى أو الوصى أو القيم ينوب عن المحجور فى قبول الهبة وفى قبضها ، حتى لو كان هو الواهب ، فيكون تعاقد الشخص مع نفسه جائزاً فى هذه الحالة بنص صريح فى القانون[1] .

وإذا كانت الهبة مقترنة بشرط أو محملة بالتزامات معينة على الموهوب له ، لم يجز للولى قبولها عن الصغير إلا بإذن المحكمة (م ١٢ من

= أن يقبلها . ويحرم أهلية القبول حرماناً نسبياً : أولا — الوصى بالنسبة إلى الموصى عليه . ثانياً — الطبيب فى مدة مرض الموت إذا لم يكن من أقرباء المريض . م ٥١٧ — الأشخاص الذين لا يستطيعون التعاقد لا يمكنهم قبول هبات مقيدة بشرط أو بتكليف ، إلا بعد ترخيص الذين يمثلونهم شرعاً . م ٥١٨ — الهبات التى تمنح للأجنة فى الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم . م ٥١٩ — الهبات التى تمنح لأشخاص ينص القانون على عدم أهليتهم لقبولها تعد باطلة ، وإن جرت تحت مظهر عقد آخر أو على يد شخص مستعار . م ٥١٩ — يجب على الموهوب له أن يقبل الهبة بنفسه أو بواسطة شخص آخر حاصل على وكالة خاصة أو وكالة عامة كافية (كالأب والأم والوصى) . وإلا كان القبول باطلا . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبنانى وأحكام التقنين المصرى : (١) الحرمان النسبى من قبول الهبة للوصى وللطبيب . (٢) جواز الهبة للجنين) .

[1] وقد قضت محكمة النقض بأنه لو وهب الأب لطفله شيئاً فى يده أو عند مستودعه أو مستعيره ، تم الهبة بمجرد قوله ونبت ، ولا حاجة للقبول لتمام الهبة ، لأن المال لما كان فى قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم ، بناء على أسباب مسوغة ، أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوى لولديه القاصرين هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهبة من مال فى قبضه ، وبه تم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلى قبول من وصى يقام عليهما ليتسلم السند ، فإنه لا يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ — ويؤخذ على هذا الحكم أنه يتكلم عن القبض فى هبة مستترة تتم دون حاجة إلى قبض أو إلى ورقة رسمية ، ولكن الحكم يصيب فى أن الهبة هنا ليست فى حاجة إلى قبول الصغيرين) . وانظر فى أن ولى القاصر ولو كان هو الواهب يقبل الهبة نيابة عنه : استئناف وطنى ٣١ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٣٠٠ — ٧ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ٨٧ ص ٤٥٥ — مصر الكلية الوطنية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١٠ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢١ — وقارن استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٧ .

قانون الولاية على المال)[١] ، وكذلك لم يجز للوصى أو القيم قبولها أو رفضها إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

ويجوز أن يشترط المتبرع للصغير ألا يدخل مال التبرع فى الولاية (م ٣ من قانون الولاية على المال) . فتقيم المحكمة فى هذه الحالة وصياً خاصاً تحدد مهمته (م ٣١ من قانون الولاية على المال) . كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصياً مختاراً . على أن تعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها (م ٢٨ من قانون الولاية على المال) . والأصل أن الولى لا يحاسب على تصرفاته ، ولكنه استثناء يحاسب على ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥ من قانون الولاية على المال) . وظاهر أن هذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير .

٦٧ — الموهوب له صبى مميز أو سفيه أو ذو غفلة : فإذا كان الموهوب له قادراً على التمييز ، بأن كان صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة ، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة . وجاز له أن يقبلها وحده ، وأن يقبضها ، دون إذن الولى أو الوصى أو القيم ودون إذن المحكمة . لأنها نافعة له نفعاً محضاً . فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة على التفصيل الذى أوردناه فى عديم التمييز . وغنى عن البيان أن الولى أو الوصى أو القيم يستطيع كل منهم أن يقبل الهبة وأن يقبضها عن المحجور ، وفقاً لما ذكرناه عند الكلام فى عديم التمييز[٢] .

---

(١) فيجوز إذن رفضها بغير إذن المحكمة (انظر الأستاذ أكثم الخولى ص ١٠٤ هامش رقم ٢) .

(٢) وإذا وهب للزوجة الصغيرة هبة ، فلزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولو كان أبوها حاضراً ، وكذا لأبيها حق القبض لما له من الولاية عليها ، وكذا لها أنه تقبضها إذا كانت مميزة (انظر م ٥١٣ وم ٥١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) وانظر الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٢) .

٦٨ — **البالغ الرشيد** : أما البالغ الرشيد فله أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد(١) ، حتى لو كانت مقترنة بشروط أو التزامات .

وإذا كان غائباً قبلها عنه وكيله ، أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية قبلها عنه القيم ، أو ذا عاهتين من العاهات التي تقدم ذكرها قبلها بمعاونة المساعد القضائي : فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، وجب أيضاً إذن المحكمة(٢) .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء فى عقد الهبة

٦٩ — **تطبيق القواعد العامة** : عيوب الرضاء فى عقد الهبة هى عيوبه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواهب قد قبل الهبة التى صدرت منه لأحد أولاده بصفته ولياً عليه ، مع أن الموهوب له كان فى وقت القبول بالغاً من الرشد ، وتمسك الموهوب له أمام محكمة الموضوع بأن عقد الهبة قد تنفذ وتسلم الشىء الموهوب ووضع اليد عليه وانتفع به بإقرار ورضاء جميع الورثة ، وطلب الإحالة على التحقيق لإثبات ذلك . فأبطل الحكم الهبة لبطلان قبولها ، ولم تأبه المحكمة لهذا الدفاع وأغفلت التعرض له مع أنه دفاع جوهرى يحتمل معه — فيما لو ثبت — أن يتغير وجه الحكم فى الدعوى ، فإن ذلك يعتبر قصوراً فى التسبيب يعيب الحكم (نقض مدنى ٢١ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٢ ص ٨٢٨) .

(٢) أما قبول الأشخاص المعنوية للهبات فتتبع فيه القواعد الخاصة بها . من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٧ مدنى (قبل إلغائها) بالنسبة إلى الجمعيات : « ١ — لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ٢ — ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى ، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية » . وتنص المادة ٧٩ مدنى (قبل إلغائها) على أن : « ١ — الجمعيات التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة والمؤسسات يجوز ، بناء على طلبها ، أن تعتبر هيئة تقوم بمصلحة عامة ، وذلك بمرسوم يصدر باعتماد نظامها . ٢ — ويجوز أن ينص فى هذا المرسوم على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها فى المادة ٥٧ . ٣ — ويجوز أن يفرض المرسوم اتخاذ إجراءات خاصة للرقابة كتعيين مدير أو أكثر من الجهة الحكومية أو اتخاذ أى إجراء آخر يرى لازماً » . وتنص المادة ٤٠ من قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على تحريم التبرع لشركات المساهمة .

فى أى عقد آخر ، فيعيب إرادة المتعاقدين – إرادة الواهب بوجه خاص – أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ، كانت الهبة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفى الاستغلال تكون الهبة قابلة للإبطال أو للإنقاص وفقاً للقواعد المقررة فى الاستغلال ، وقد سبق تفصيلها فى الجزء الأول من الوسيط .

ونستعرض هذه العيوب مطبقة على عقد الهبة استعراضاً سريعاً ، إذ لا جديد يقال فيها أكثر مما قيل فى النظرية العامة للعقد .

٧٠ — الغلط فى عقد الهبة : حتى يجعل الغلط الهبة قابلة للإبطال ، يجب أن يكون غلطاً جوهرياً . ويلاحظ بوجه عام أن معيار الغلط الجوهرى فى الهبة أخف من معياره فى البيع ، لأن الهبة عقد تبرع فجسامة الغلط فيها قد لا يرقى إلى جسامته فى عقد البيع[1] . وأكثر ما يقع الغلط من الواهب ، لأن الموهوب له لا يلتزم بشىء ، وهذا ما لم تكن الهبة بعوض . ويقع الواهب فى غلط جوهرى إما فى الشىء الموهوب ، وإما فى شخص الموهوب له ، وإما فى القيمة ، وإما فى الباعث .

ومثل الغلط الجوهرى فى الشىء الموهوب أن يهب شخص آخر أرضاً زراعية ، ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء . فإذا كان الغلط مشتركاً بين الواهب والموهوب له أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بغلط الواهب ، كانت الهبة قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب . فيجوز للواهب فى هذه الحالة أن يطلب إبطال الهبة للغلط فى الشىء ، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع فيها لقيام مانع من موانع الرجوع ، فإن إبطال الهبة غير الرجوع فيها .

---

(١) بودری وكولان ١٠ فقرة ٢٦٠ .

ومثل الغلط الجوهرى فى شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به ، فيتضح أن الأمر غير ذلك ، فإذا كان الغلط مشتركاً أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بغلط الواهب ، جاز للواهب ، حتى لو قام مانع من الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطال العقد للغلط . ويلاحظ أن شخصية الموهوب له فى عقد الهبة ذات اعتبار رئيسى فى التعاقد ، وتفوق كثيراً فى الاعتبار شخصية المتعاقد فى عقود المعاوضة ، ولذلك يكون الغلط فى شخص الموهوب له أشد أثراً من الغلط فى شخص المشترى[1] .

ومثل الغلط الجوهرى فى قيمة المال الموهوب أن يهب شخص آخر أسهماً وهو يجهل أن سهماً منها قد ربح جائزة كبيرة . وتدل الظروف والملابسات فى هذه الحالة على أن الموهوب له إما أن يكون مشتركاً فى الغلط ، وإما أن يكون عالماً به أو مستطيعاً أن يعلمه . فيحق للواهب ، حتى لو لم يكن يملك الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطالها للغلط فيما يتعلق بالسهم الذى ربح الجائزة . على أنه يجوز للموهوب له فى هذه الحالة أن ينزل عن الجائزة ويستبقى السهم الموهوب ، وذلك تطبيقاً للمادة ١٢٤ مدنى وهى تنص على أنه « ١ – ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ – ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد »[2] .

ومثل الغلط الجوهرى فى الباعث الذى دفع الواهب إلى الهبة أن يهب

---

(١) على أنه يجب أن يكون الغلط فى شخصية الموهوب له أو فى صفة فيه غلطاً جوهرياً دفع إلى التعاقد ، وإلا كان الغلط غير مؤثر فى صحة الهبة . فإذا تبرع الابن لأبيه بإيراد مرتب طول حياة الأب على أن يستمر الإيراد بعد تخفيضه مرتباً على حياة امرأة كانت تعاشر الأب بعد موت هذا ، وكان الابن يظن أن المرأة هى زوجة أبيه ، ثم تبين أنها ليست زوجة بل عشيرة ، فإن هذا الغلط ليس جوهرياً ولا يكون من شأنه أن يجعل الهبة قابلة للإبطال (محكمة القاهرة الكلية المختلطة ١٤ يناير سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٢٨ ص ٣٢) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٧٨ .

شخص آخر مالا وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم يشفى من مرضه . فيجوز له ، ولو لم يكن يستطيع الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطالها للغلط فى الباعث ، إذا كان الموهوب له مشتركاً معه فى الغلط أو كان عالماً به أو يستطيع أن يعلمه . والباعث فى الهبة له شأن أكبر مما له فى المعاوضات ، فيجب أن يكون باعثاً مشروعاً وإلا بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب كما سنرى ، ويجب أن يكون غير مغلوط وإلا كانت الهبة قابلة للإبطال كما رأينا .

والغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل الهبة قابلة للإبطال ، وفقاً للقواعد المقررة فى نظرية الغلط[1] .

٧١ — التدليس فى عقد الهبة : ويجوز طلب إبطال الهبة للتدليس طبقاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد . وأكثر ما يقع التدليس على الواهب ، ويقع من الموهوب له أو باشتراكه مع أجنبى . فإذا كان التدليس هو الذى دفع الواهب إلى هبة ماله ، جاز له طلب إبطال الهبة ، حتى لو لم يكن يملك الرجوع فيها .

والتدليس أشد تأثيراً فى الهبة منه فى عقود المعاوضة ، فأى طريق من الطرق الاحتيالية يدفع الواهب إلى الهبة يكفى لإفساد رضائه ، حتى لو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو محض الكتمان . فإذا أوغر الموهوب له صدر الواهب على ورثته بأكاذيب يختلقها ، فدفعه بذلك إلى أن يهب له شيئاً من ماله ليحرم منه الورثة ، كان هذا تدليساً يجيز للواهب ، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطالها للتدليس . وكذلك إذا كتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو علمها لما اندفع إلى الهبة ، كان هذا تدليساً يجيز طلب إبطال الهبة .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٧٤

وإذا صدر التدليس من غير الموهوب له ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة إذا كان الموهوب له يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (م ١٢٦ مدنى)[١] .

٧٢ — **الإكراه فى عقد الهبة** : والإكراه يفسد رضاء الواهب ، ويجعل الهبة قابلة للإبطال[٢] . وأكثر ما يكون الإكراه فى الهبة عن طريق التأثير فى نفس الواهب بنفوذ أدبى يكون للموهوب له عليه ، فيؤثر فى إرادته ويحمله على التجرد من ماله لمصلحته . ويقع هذا عادة من الزوج على الزوجة ، ومن رجل الدين على المتدين ، ومن الرئيس على المرؤوس[٣] .

---

(١) ويبدو أن الواهب يستطيع أيضاً أن يطلب إبطال الهبة ، حتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالتدليس ولا يستطيع أن يعلم به . ذلك أن الهبة تبرع يجب أن تكون إرادة الواهب فيه خالصة لا يشوبها عيب ، وإبطال الهبة فى هذه الحالة لا يحمل الموهوب له خسارة ، بل يقتصر على تفويته كسباً (انظر فى هذا المعنى ديمولومب فى الهبة ١ فقرة ٣٨٣ — لوران ١١ فقرة ١٣١ — فقرة ١٣٢ — بودرى وكولان ١٠ فقرة ٢٦٧) . ولم نقل مثل ذلك الغلط ، بل اشترطنا اشتراك الموهوب له فيه أو علمه به أو استطاعته العلم ، لأن الغلط أمر نفسى خفى لا تدل عليه علاقة ظاهرة ، بخلاف التدليس فيغلب أن تدل عليه علامة ظاهرة هى طرق الاحتيال التى لجأ إليها المدلس .

(٢) حتى لو صدر الإكراه من الغير ، وحتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالإكراه ولا يستطيع أن يعلم به ، لنفس الأسباب التى ذكرناها فى التدليس الصادر من الغير ، فإرادة الواهب يجب أن تكون خالصة مختارة ، فإذا شابها الإكراه وأبطلت الهبة لم يتحمل الموهوب له خسارة وإنما فاته كسب . وللإكراه علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، كما هو الأمر فى التدليس .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التى تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس دينى استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الدينى الذى تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته ، وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها ، ، وتسير فى الطريق الذى رسمها . فالوقفية التى تصدرها فى هذه الظروف عن أطيان—

وكما أن النفوذ الأدبى إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع يعد إكراها ، كذلك العطف والحنو إذا استغل لابتزاز المال من الواهب يعد إكراها . وفى هذه الحالة تطبق قواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة والاستغواء (suggestion, captation et séduction) . والفرق بين النفوذ الأدبى من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن النفوذ الأدبى يفرض فيه أن شخصاً مقامه كبير فى عين المتصرف ، كأب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبى . أما الاستهواء والتسلط فلا يشترط فيهما أن الشخص المتسلط على إرادة الواهب له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو ولداً للواهب . ويحسن فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أورد نصاً عاماً فى نظرية الاستغلال ، إدماج نظرية الاستهواء والتسلط فى نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة[1] . وننتقل الآن إلى الاستغلال فى عقد الهبة .

٧٣ — الاستغلال فى عقد الهبة : وأبرز عيوب الإرادة فى عقد الهبة هو الاستغلال ، فكثيراً ما يستغل الموهوب له فى الواهب طيشاً بيناً أو هوى جامحاً . مثل ذلك أن يتزوج شيخ من فتاة ، فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه ، وتستكتبه من الهبات المستترة لنفسها ولأولادها ما تشاء .

= سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتى تقيم فيها ذلك الرئيس الدينى ناظراً وتفوض له التصرف فى الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون قابلة للإبطال للإكراه (استئناف أسيوط ٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١) .

ويشبه هذا ما هو معروف فى القانون الإنجليزى بالتأثير غير المشروع (Undue influence) وفيه يسىء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبى عليه ، فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كأب وابن أو كطبيب ومريض أو كمحام وعميله أو كرئيس دينى ورجل متدين . واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال (بولوك فى العقد ص ٦٤٨ — ص ٦٨٩ — كارتر فى العقد ص ٨٥ — ص ٨٧) .

(١) الوسيط جزء أول ص ٣٦٦ هامش رقم ١ .

وعلى العكس من ذلك قد تتزوج امرأة ثرية من زوج شاب ، فيستغلها ويبتز أموالها عن طريق الهبات المستمرة . وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ثرى فى أيدى بطانة من السوء ، يستغلون طيشه ويبتزون ماله . كل هذه أمثلة تدل على ما قد يكون للاستغلال من أثر كبير فى إرادة الواهب ، فيعيبها .

وإذا تحقق الاستغلال على الوجه الذى بيناه ، كان للواهب ، حتى لو لم يكن له حق الرجوع فى الهبة ، إحدى دعويين : دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص . فإذا اختار دعوى الإبطال ، جاز للقاضى أن يجيبه إلى طلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلا لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى أن الاستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى هذا الحد ، وأن الواهب كان يهب دون استغلال بعض المال الموهوب ، اقتصر على إنقاص الهبة إلى هذا القدر . ويجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة على هذا النحو ، فيتوقى بذلك إبطال الهبة كلها . وإذا اختار الواهب دعى الإنقاص منذ البداية ، لم يجز للقاضى أن يبطل الهبة ، وإلا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما يطلب ، واقتصر على إنقاص الهبة إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال .

الفرع الثانى

المحل فى عقد الهبة

٧٤ — الشىء الموهوب والعوض : الأصل فى الهبة أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب ، فيلتزم وحده ومحل التزامه هو الشىء الموهوب . ولكن يجوز أن يشترط الواهب فى الهبة عوضاً أو التزامات أخرى فى جانب الموهوب ، فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين ، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط .

فالهبة إذن يكون لها دائماً محل هو الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل آخر هو العوض . فنستعرض فى إيجاز كلا من المحلين : الشيء الموهوب والعوض .

المبحث الأول

الشيء الموهوب

٧٥ — تطبيق القواعد العامة : يسرى على الشيء الموهوب ما يسرى على محل العقد بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، معيناً أو قابلا للتعيين ، صالحاً للتعامل فيه(١) ، مملوكاً للواهب(٢) .

ووجود الشيء الموهوب تسرى فيه القواعد العامة ، إلا أنه خلافاً لهذه القواعد لا تجوز هبة الأموال غير الموجودة وقت الهبة ، فهبة الأموال المستقبلة باطلة .

وكون الشيء الموهوب معيناً أو قابلا للتعيين تسرى فيه أيضاً القواعد العامة .

كذلك كون الشيء الموهوب صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، تسرى فيه القواعد العامة ، فلا جديد فى خصوص الهبة .

---

(١) وتصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التى عليها ، كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . وقد نصت المادة ٥١٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه « يجوز للواهب أن يهب رقبة الملك لشخص وحق استثماره لشخص أو عدة أشخاص آخرين ، كما يمكنه أن يحفظ لنفسه حق الاستثمار » . ولا تجوز هبة المساجد لأنها تصبح وقفاً بطبيعتها (مصر استئناف ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١٥٨) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٦٥ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى الفقرة الأولى منها على أنه « يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكاً للمال الموهوب، وأن يكون أهلا للتبرع » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ — ص ٢٥٨ فى الهامش) .

أما أن الواهب يجب أن يكون مالكاً للشيء الموهوب ، فيتفرع عنه ، كما تفرع فى البيع ، الكلام فيما يأتى : هبة ملك الغير ، وهبة المال الشائع ، وهبة المريض مرض الموت .

فنستعرض إذن فى إيجاز المسائل الأربع الآتية : (١) هبة الأموال المستقبلة (٢) هبة ملك الغير (٣) هبة المال الشائع (٤) هبة المريض مرض الموت .

المطلب الأول

هبة الأموال المستقبلة

٧٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة ، إلا إذا وردت على شىء معين بالذات فيسرى عليها نص المادة ٦٣٢ وما يليها » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ٥١٩ من المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة . وقد جاء فى تقرير اللجنة تعليلا لهذا الحذف ما يأتى : « لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها ، أما المال الموجود وقت الهبة مملوكاً لغير الواهب فالهبة فيه هى هبة ملك الغير لا هبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد فى هذه المادة ، لأن الهبة التى ترد على شىء معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمحض هبة لملك الغير وحكمها وارد فى المادة ٥١٨ ، فلا معنى لإيرادها ثانية فى المادة ٥١٩ على صورة استثناء ، لأن ملك الغير لا يدخل فى المال المستقبل حتى يصح استثناؤه منه » . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنته ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ وص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

معمولا به دون نص ، أخذا بالقواعد الموضوعية للهبة فى الفقه الإسلامى[١] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦٠ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٤٨١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦٠٩ / ١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥١٣[٢] .

٧٧ — الأصل جواز التعامل فى المال المستقبل : قدمنا فى النظرية العامة للعقد[٣] أنه يجوز التعامل فى المال المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » . فيجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء ، ويجوز أن يبيع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، وكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته

---

(١) ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٤٦٠ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨١ : تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة ، ما عدا هبة الثمار التى لم تجن بعد . (وهذا موافق لحكم التقنين المصرى ، لأن الثمار التى نبتت ولم تجن تعتبر مالا موجوداً فى الحال لا مالا مستقبلا) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٩/١ : يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩ — فقرة ٢٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥١٣ : لا يجوز فى حال من الأحوال أن تشمل الهبة أموال الواهب المستقبلة ، أى الأموال التى لا يكون له حق التصرف فيها وقت الهبة .(ويبدو أن النص يتناول هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير) .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢١٦ .

دون أن يكون قد بدأ صنعها ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يبدأ كتابته ، وأن ينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشيء المستقبل ، كما فعل فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلة (م ١٣١ / ٢ مدنى) ، وفى رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ / ٢ مدنى) ، أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) . وهو هنا يحرم هبة المال المستقبل (م ٤٩٢ مدنى السالفة الذكر) .

٧٨ — بطلان هبة المال المستقبل : وهنا يجب التمييز بين المال الحاضر والمال المستقبل ، إذ أن هبة المال الحاضر جائزة بخلاف هبة المال المستقبل فهى باطلة .

إذا وهب شخص شيئاً غير معين بالذات ، كمائة أردب من القمح ، فهذا مال حاضر وتصح هبته ، لأن الهبة هنا تتم عن طريق التزام الواهب بحق شخصى يرتبه فى ذمته ، وقد رأينا أن الهبة على هذا النحو جائزة . ويتفرع على ذلك أنه يجوز أن يهب شخص آخر مبلغاً من النقود عن طريق التزامه بهذا المبلغ ، بل يجوز فى هذه الحالة أن يحدد موت الواهب أجلا لدفع النقود ، فما دام الالتزام قد انعقد وأصبح مترتباً فى ذمة الواهب فالهبة جائزة ، وليس الموت إلا أجلا غير محقق يوفى عنده الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق[1] . وإذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط فاسخ ، فهذه هبة مال حاضر ، وهى هبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء معلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٢٢ هامش رقم ٥ — بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٤٤٢ — بيدان ٦ فقرة ٣٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٥٧٣ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٣ فقرة ١٦٥٣ .

ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعاً لزوال ملكية الواهب . أما إذا تخلف الشرط ، فقد أصبحت ملكية الواهب باتة ، وأصبحت باتة كذلك ملكية الموهوب . كذلك إذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط واقف ، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق على هذا الشرط وهو مال حاضر ، فتكون الهبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء معلقاً على الشرط الواقف ، فإذا تحقق الشرط نفذت ملكيته ، وإذا تخلف بطلت الملكية .

أما المال المستقبل فهو المال غير الموجود وقت الهبة . ومن ثم لا تصح هبة محصولات لم تنبت ، أو منزل لم يتم بناؤه . أو ربح أسهم أو سندات لم تحل[1] . كذلك هبة التركة المستقبلة لا تجوز ؛ لا تطبيقاً للمادة ٤٩٢ مدنى فحسب ، بل أيضاً تطبيقاً لنص أعم يحرم التعامل إطلاقاً ، بالهبة أو بغيرها ، فى التركة المستقبلة (م ١٣١ / ٢ مدنى) .

وهبة المال المستقبل باطلة بطلاناً مطلقاً . لا تلحقها الإجازة ، ولا يرد عليها التقادم ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . والسبب فى ذلك يرجع إلى ما تنطوى عليه هبة المال المستقبل من خطر ، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر ، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته[2] .

---

(١) وإن كان الفقه الفرنسى يتوسع فى تفسير معنى المال الحاضر ، فيعتبر الهبة فى هذه الأحوال هبة مال حاضر ويجيزها ، لأن المال الموهوب وإن كان لم يوجد إلا أن الواهب يملكه بمجرد وجوده فهو على حكم ملكه (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ ص ٦٢٢ — وانظر المادة ٩٤٣ مدنى فرنسى وتحرم هى أيضاً هبة المال المستقبل) .

(٢) هذا والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية فى مبدأها العام الذى يقضى بعدم جواز التعامل فى المعدوم ، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجيز التعامل فى الشيء المستقبل لإزالة =

وإذا وهب الشخص مالا حاضراً ومالا مستقبلا فى وقت واحد لشخص واحد ، وكانت الهبة قابلة للتجزئة ، صحت فى المال الحاضر وبطلت فى المال المستقبل ، طبقا للقواعد المقررة فى إنقاص العقد . ووفقا للمادة ١٤٣ مدنى إذ تقول : « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله[1] » .

٧٩ — التمييز بين المال المستقبل وملك الغير : ولما كانت هبة المال المستقبل باطلة كما رأينا ، وكانت هبة ملك الغير قابلة للإبطال كما سنرى ، فاختلف الحكم فى الحالتين . وجب التمييز بين المال المستقبل وملك الغير حتى يجعل لكل حالة حكمها[2] .

المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة ، ولكنه يوجد فى

= العوائق عن التعامل العادى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠) – انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٣٤ – وقارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٢ .

هذا ويجوز تحول هبة المال المستقبل الباطلة إلى وعد بالهبة ملزم ، يجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع فى الهبة (الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ ص ٦٢٤ – فإذا باع شخص لآخر داره وما فيها من أثاث وما سيوجد من الأثاث إلى يوم موته ، وتبين أن العقد هبة مستترة فى صورة بيع وأنها تقع على مال حاضر ومال مستقبل ، صحت الهبة فى المال الحاضر وهو الدار وما يوجد فيها وقت الهبة من الأثاث ، وبطلت فى المال المستقبل وهو الأثاث الذى سيوجد فيما بعد إلى يوم موت الواهب (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ donation فقرة ١١٧) .

(٢) وسنرى أن الفقه الإسلامى والتقنين العراقى والتقنين اللبنانى لا يميز بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، ففى الحالتين الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً . وكذلك فعل التقنين الفرنسى ، ففيه هبة ملك الغير باطلة بطلاناً مطلقاً كهبة المال المستقبل ، ويستخلص بطلان هبة ملك الغير من نص المادة ٨٩٤ مدنى فرنسى وهى توجب أن يتجرد الواهب فى الحال وبطريق لا رجوع فيه من ملكية الشىء الموهوب (le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée) فلزم إذن أن يكون الواهب مالكاً للشىء الموهوب وقت الهبة (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ هامش رقم ١٠) .

المستقبل . وقد يكون محقق الوجود كالمحصولات التى لم تنبت ، أو محتمل الوجود كنتاج المواشى . أما ملك الغير فهو مال معين بالذات موجود وقت الهبة ، ولكنه غير مملوك للواهب . وقد سبق تحديد ملك الغير عند الكلام فى بيع ملك الغير وفى تحديد منطقة هذا البيع[١] .

وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « أما هبة مال معين موجود وقت الهبة وغير مملوك للواهب فهو هبة ملك الغير »[٢] . وجاء فى تقرير لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عند نظر النص الخاص بتحريم هبة المال المستقبل ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة ، إلا إذا وردت على شىء معين بالذات ، فيسرى عليها نص المادة ٣٦٢ وما يليها » — أى يسرى عليها حكم بيع الغير — ما يأتى : « حذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى : إلا إذا وردت على شىء معين بالذات الخ ، لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها . أما المال الموجود وقت الهبة مملوكا لغير الواهب ، فالهبة فيه هى هبة ملك الغير لا هبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التميز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد فى هذه المادة ، لأن الهبة التى ترد على شىء معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمحض هبة لملك الغير ، وحكمها وارد فى المادة ٥١٨ (من المشروع) ، فلا معنى لإيراده ثانية فى المادة ٥١٩ (من المشروع) على صورة استثناء ، ولأن ملك الغير لا يدخل فى المال المستقبل حتى يصح استثناؤه منه »[٣] .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٣ — وانظر آنفاً فقرة ٧٦ فى الهامش .

المطلب الثانى

هبة ملك الغير

٨٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ »[١] .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق[٢] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٩ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٠ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦٠٩ / ١ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٥١٣[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مطابقاً ، وصار رقمه ٥١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

(٢) والظاهر أن أحكام الفقه الإسلامى هى التى كانت تطبق فى هبة ملك الغير فى عهد التقنين المدنى السابق ، لأن هذه المسألة تعتبر من المسائل الموضوعية فى الهبة . وهبة ملك الغير فى الفقه الحنفى لا تجوز بغير إذن المالك . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ١١٩) : « فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك » . والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام الفقه الإسلامى هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٩/١ : يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب . (ويجعل التقنين العراقى الحكم واحداً فى هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير) . =

٨١ — حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين : هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له . فقد صرحت المادة ٤٩١ مدنى السالفة الذكر بأن أحكام بيع ملك الغير تسرى على هبة ملك الغير ، ومن أحكام بيع ملك الغير كما رأينا[١] أنه قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

فللموهوب له وحده أن يطلب إبطال الهبة ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، كما يستطيع المشـــترى ذلك فى ملك الغير . ويكون للموهوب له مصلحة فى إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بالتزامات فرضت عليه ، فيطلب إبطال الهبة فى هذه الحالة حتى يتخلص من دفع العوض أو من القيام بهذه الالتزامات . ويجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشىء الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة بعوض ، وفى الحالة الأولى يستحق الموهوب له تعويضاً عادلا ، وفى الحالة الثانية يرجع بما أداه من عوض ، وكل ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق وسنبينه فيما يلى[٢] . ولم نطبق أحكام بيع ملك الغير فى هذه المسألة ، وهى مذكورة فى المادة ٤٦٨ مدنى ، لأن المادة ٤٩١ مدنى لم تحل عليها[٣] .

— تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥١٣ : لا يجوز فى حال من الأحوال أن تشمل الهبة أموال الواهب المستقبلة ، أى الأموال التى لا يكون له حق التصرف فيها وقت الهبة . (ويبدو أن التقنين اللبنانى يجعل الحكم واحداً فى هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، على غرار التقنين الفرنسى) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ وما بعدها .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١١ .

(٣) ويذهب الأستاذ محمود جمال الدين زكى (فقرة ٦٩ ص ١٤٣) إلى تطبيق المادة ٤٦٧ مدنى فلا يكون الواهب مسئولا عن التعويض إلا إذا كان سىء النية أو ارتكب خطأً جسيما . ويرى الأستاذ أكثم الخولى (فقرة ٧١ ص ١٠٦) أن المسئولية هنا لا تنشأ عن عقد الهبة بعد إبطاله ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية .

أما الواهب فلا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه ، لأن الهبة ليست باطلة بطلاناً مطلقاً كما فى هبة المال المستقبل ، بل هى قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له وحده .

وللموهوب له أن يجيز الهبة ، فتنقلب صحيحة ، ولكن ذلك لا يعنى أنها تنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له لأن المالك الحقيقى لم يجز الهبة وهو أجنبى عنها ، فلا تنتقل الملكية منه إلا برضائه .

وكذلك تنقلب الهبة صحيحة إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة (انظر المادة ٤٦٧ مدنى فى بيع ملك الغير) ، وفى هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له .

وتسرى سائر أحكام بيع ملك الغير على هبة ملك الغير فى جميع ما قدمناه من مسائل[(١)] .

وهبة ملك الغير قابلة للإبطال بموجب نص خاص هو المادة ٤٩١ مدنى ، على النحو الذى قررناه فى بيع ملك الغير[(٢)] . كما أن هبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده ، على النحو الذى رأيناه فى بيع عقار الغير[(٣)] .

٨٢ — **حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقى** : وإذا لم يقر المالك الحقيقى الهبة ، فسواء أجاز الموهوب له الهبة أو لم يجزها ، فإن المالك الحقيقى أجنبى عن الهبة فلا تسرى فى حقه . ومن ثم يبقى مالكاً للموهوب ، ولا تنتقل منه الملكية إلى الموهوب له حتى لو انقلبت الهبة صحيحة بإجازة الموهوب له . ويترتب على ذلك أن المالك الحقيقى يستطيع أن

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ – فقرة ١٦٤ .
(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .
(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٩ .

يرجع على الموهوب له بدعوى الاستحقاق وأن يرجع على الواهب بالتعويض ، على النحو الذى رأيناه فى رجوع المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير على المشترى وعلى البائع(١) .

وقد يقر المالك الحقيقى الهبة ، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية الموهوب منه إلى الموهوب له ، إذ زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى هبة العقار حتى تنتقل الملكية إلى الموهوب له . ومتى انتقلت الملكية إلى الموهوب له ، زال السبب الذى من أجله جعل المشرع هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، فانقلبت الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقى(٢) . وتنقلب الهبة صحيحة من وقت صدورها ، ولكن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا من وقت الإقرار ، ويجرى كل هذا على الوجه الذى رأيناه فى إقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير(٣) .

ولعل جواز إقرار المالك الحقيقى للهبة ، وانقلابها صحيحة بهذا الإقرار من وقت صدورها ، وانتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، دون حاجة فى كل ذلك إلى عمل الهبة من جديد ، هو الذى سوغ للمشرع أن يجعل هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، ولم يجعلها باطلة كما جعل هبة المال المستقبل(٤) .

المطلب الثالث

هبة المشاع

٨٤ — هبة المشاع جائزة : وتسرى على هبة جزء شائع فى شىء معين

(١) انظر فى تفصيل هذا الوسيط ٤ فقرة ١٦٥ .

(٢) انظر فى بيع ملك الغير المادة ١/٤٦٧ مدنى .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٦ .

(٤) انظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هبة ملك الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٩) .

بالذات ، كهبة نصف الدار فى الشيوع ، القواعد العامة فى التصرف فى المال الشائع . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدنى فى هذا الصدد على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . فيجوز إذن للمالك فى الشيوع أن يتصرف فى ماله الشائع بالبيع والهبة وسائر التصرفات ، ومن ثم تكون هبة المال الشائع جائزة . والفقه الإسلامى فى المذهب الحنفى على خلاف ذلك ؛ فهبة المشاع فى الفقه الحنفى لا تجوز[1] . ولكن هذا الحكم لم ينقله التقنين المدنى الجديد فى الأحكام

---

(١) وقد جاء فى البدائع فى هذا الصدد : « فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط ، وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده . . ولنا . . أن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض ، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض ، والتصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور . . وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم إن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا ، إلا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج إلى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة ، فست الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ، ولا ضرورة هنا لأن المحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة . . ولأن الهبة عقد تبرع ، فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان ، لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى إلى تغيير المشروع . ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض ، لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم ، فيؤدى إلى إيجاب الضمان فى عقد التبرع ، وفيه تغيير المشروع ، كذا هذا . بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة ، لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع ، لأن الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة ، فهو الفرق . . ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز ، لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة » (البدائع ٦ ص ١١٩ — ص ١٢١) . انظر أيضاً المواد ٥٠٥ و٥٠٦ و٥٠٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

فهبة الحصة الشائعة فى عين لا تقبل القسمة وتسليمها شائعة صحيح نافذ ، وتتم الهبة بهذا القبض . أما هبة حصة شائعة فى عين تقبل القسمة ، فعند مالك والشافعى وأحمد أن ذلك جائز ، وقبض الحصة شائعة قبض صحيح يتم به الملك . وفى المذهب الحنفى أن الهبة تنعقد موقوفاً نفاذها =

الموضوعية للهبة ، فيبقى على أصله فى القواعد العامة لهذا التقنين ، وقد رأينا هذه تجيز هبة المشاع(١) .

٨٤ — هبة الحصة الشائعة فى حالة الشيوع : فإذا وهب المالك فى الشيوع حصته الشائعة أو بعض هذه الحصة ، وهى فى حالة الشيوع ، انتقل ما وهبه شائعاً إلى الموهوب له فى حالة الشيوع التى كانت عليها الحصة وهى فى ملك الواهب . فمن يهب مثلا ثلث الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثلث فى الشيوع للموهوب له ، ويصبح هذا خلفاً خاصاً للواهب، ويحل محله فى الثلث الشائع ، فيصير مالكاً لثلث الدار فى الشيوع مع الملاك الشائعين الآخرين .

٨٥ — هبة جزء مفرز من المال الشائع : ولكن قد يهب المالك فى الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع . مثل ذلك أن يهب المالك لثلث الأرض فى الشيوع جزءاً مفرزاً من هذه الأرض الشائعة يعدل ثلثها . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى نصاً عاماً يشمل جميع التصرفات التى تقع

= على القسمة (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٣٣ — ص ٦٣٤) .

وانظر : محكمة استئناف مصر ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٩ ص ٧٥٢ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ — وقارن : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٤ ص ٢١١ — ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ .

(١) ويؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفياً باستخلاص حكمه من القواعد العامة ، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية : انظر مرشد الحيران م ٨١ ، وقارن الأحوال الشخصية م ٥٠٥ — ٥٠٧ و ٥٠٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ — ص ٢٦١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٠٩ من التقنين المدنى العراقى صراحة على جواز هبة المشاع ، إذ تقول : « وتجوز هبة المشاع » . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤ — فقرة ٢٥ .

على جزء مفرز من المال الشائع ، سواء كان التصرف بيعاً أو هبة أو غير ذلك ، وهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان بجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » .

وقد سبق أن أجرينا حكم هذا النص على بيع جزء مفرز من المال الشائع ، وحكم الهبة كحكم البيع ، فنحيل إلى ما قدمناه هناك[1] .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى أنه إذا وهب المالك فى الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد وهب ما يملك وما لا يملك ، ويجب التمييز بين حالتين : فإما أن يكون الموهوب له عالماً بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذى يهبه وإنما يملك فيه حصة على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك . ففى الحالة الأولى يكون المفروض أن الموهوب له قد قبل هبة الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب الواهب عند القسمة . فإذا لم يقع الموهوب فى نصيب الواهب عند القسمة ، ووقع بدله جزء آخر ، تحول حق الموهوب له بحكم الحلول العينى إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الواهب ، طبقاً للأحكام الواردة فى المادة ٨٢٦ مدنى المتقدمة الذكر . وفى الحالة الثانية إذا كان الموهوب له يجهل أن الواهب إنما يملك فى الشيوع . فقد وقع فى غلط جوهرى ، وتكون الهبة قابلة للإبطال ، وتظهر مصلحة الموهوب له فى إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشروط أو التزامات . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشترى إبطال البيع ، فوقع الجزء المفرز فى نصيب الواهب ، فإن

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

الهبة تنقلب صحيحة على النحو الذى قدمناه فى البيع[١] .

وحكم هذه الهبة بالنسبة إلى سائر الشركاء فى الشيوع هو نفس الحكم الذى قررناه فى البيع[٢] .

المطلب الرابع

هبة المريض مرض الموت

٨٦ — **هبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية** : وإذا صدرت الهبة من الواهب وهو فى مرض موته ، فإن لهبته حكم الوصية ، وفقاً للقواعد العامة الواردة فى المادة ٩١٦ مدنى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص صريح فى هذا المعنى ، هو نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « تسرى على الهبة فى مرض الموت أحكام الوصية » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالمادة ٩١٦ مدنى السالف الإشارة إليها[٣] .

وقد سبق أن بينا ما هو المقصود بمرض الموت ، وسبب تقييد التصرف فى هذا المرض ، عند الكلام فى البيع . فنحيل إلى ما قدمناه هناك[٤] .

٨٧ — **الموهوب لا يزيد على ثلث التركة** : ويترتب على ما قدمناه أن الموهوب إذا لم تزد قيمته وقت الموت على ثلث التركة ، صحت الهبة ، سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث ، فإن الوصية أصبحت تجوز للوارث فى الثلث كما تجوز لغير الوارث ، ولا حاجة إلى إجازة الورثة .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ — ص ٢٥٨ فى الهامش .

(٤) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٧٥ — فقرة ١٨٢ .

٨٨ — الموهوب يزيد على ثلث التركة : فإذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد على ثلث التركة ، صحت بغير إجازة الورثة فى حدود الثلث ، سواء كانت الهبة لوارث أو لغير وارث . أما ما جاوز من الموهوب ثلث التركة ، فلا تصح الهبة فيه إلا بإجازة الورثة . فإن لم يجيزوا ، وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد إليها ما يفى بتكملة ثلثيها .

وإذا تصرف الموهوب له فى الموهوب الزائد على الثلث ، لم ينفذ التصرف فى حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقاً للقواعد العامة ، لأن النص الخاص ببيع المريض مرض الموت — المادة ٤٧٨ مدنى — لم يرد فى هبة المريض مرض الموت[١] . ومن ثم يسرى التصرف فى حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التى ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث . ولا يسرى التصرف فى حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى ، ولو كان المتصرف إليه حسن النية .

المبحث الثانى

العوض فى الهبة

٨٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة »[٢] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

---

(١) انظر فى هذا النص الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) تاريخ النص : انظر ما يلى فقرة ١١٨ فى الهامش .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦١٨ — ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] .

٩٠ — الشروط العامة الواجب توافرها فى العوض : قدمنا أن الهبة قد تقترن بمقابل ، شروط أو التزامات أو عوض تفرض على الموهوب له ، فتكون الهبة عندئذ عقداً ملزماً للجانبين ، إذ تقوم التزامات فى جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة فى جانب الواهب .

وقد يكون هذا المقابل التزاماً بالإعطاء أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل . فالالتزام بالإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب أو الديون المترتبة على العين الموهوبة . والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب ، كأن يزرع له أرضاً أو يبنى له داراً أو نحو ذلك . والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بألاّ يتصرف فى العين الموهوبة .

وأيا كان الالتزام الذى يشتمل عليه المقابل ، فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها فى محل الالتزام . فيجب أن يكون هذا المحل موجوداً إذا كان متعلقاً بشىء معين بالذات ، أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل . ويجب أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين . ويجب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦١٨ (مطابق — وانظر أيضاً المادة ٦١١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة ، فيسرى فى لبنان دون نص .

أخيراً أن يكون صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ثم إن هذا المقابل فى الهبة يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب ، حتى تستبقى الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً . وقد قدمنا أن قيمة المقابل إذا كانت تعادل قيمة الشيء الموهوب أو تقاربه ، فإن العقد يكون معاوضة لا تبرعا . وإذا قلت قيمة المقابل ، فإن التبرع يكون بمقدار الفرق ما بين قيمة الشيء الموهوب وقيمة المقابل[١] .

٩١ — صور مختلفة للمقابل فى الهبة : والمقابل فى الهبة يتخذ صوراً مختلفة متباينة[٢] ، نورد أمثلة منها هنا[٣] .

فقد تكون الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له ملحوظا فيها مصلحته هو . مثل ذلك أن يهب شخص آخر مالا ويشترط عليه أن يشترى به داراً أو أوراقاً مالية ادخاراً للمال عند الحاجة لمصلحة الموهوب له نفسه . وقد يهب له داراً ويشترط عليه عدم التصرف فيها ، وشرط عدم التصرف هذا قد يكون لمصلحة الموهوب له ، وقد يكون لمصلحة الواهب ، وقد يكون لمصلحة أجنبي اشترطت له منفعة (انظر المادتين ٨٢٣ — ٨٢٤ وسيأتى ذكرهما) .

وقد تكون الشروط والالتزامات مفروضة على الموهوب له لمصلحة الواهب . مثل ذلك أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفى ديونه ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤ .

(٢) وتوجد صورة للمقابل فى الهبة يكون المقابل فيها غير مباشر ، ويتحقق ذلك فى الهبات المتبادلة . فكل هبة لا مقابل لها فى نفس الهبة ، ولكن المقابل يوجد فى الهبة المقابلة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤) .

(٣) أما الكلام فى التزام الموهوب له بالمقابل وكيف يوفيه ، فمحله عند بحث آثار الهبة والتزامات الموهوب له .

فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء ديون الواهب التى كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٤٩٩ / ١ مدنى) . وسنعود إلى تفصيل التزام الموهوب له بوفاء ديون الواهب عند الكلام فى التزامات الموهوب له[١] .

وأكثر ما يكون المقابل فى الهبة عوض يشـترطه الواهب على الموهوب له[٢] . ويكون هذا العوض إما لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبى ، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيراداً للواهب مدى حياته ، أو يرتب إيراداً لشخص آخر غير الواهب مدى حياة هذا الشخص[٣] ، وقد يكون هذا الإيراد معادلا لريع الشيء الموهوب . كذلك قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً عن الهبة أن ينفق عليه طول حياته ، أو أن يؤويه فى داره . وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك مما يحقق مصلحة عامة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فيما قدمناه[٤] .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٢٢ .

(٢) والهبة بشرط العوض فى الفقه الإسلامى هى هبة ابتداء فيشترط التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع ، وهى بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة . وقال زفر والشافعى هى بيع ابتداء وانتهاء . جاء فى الهداية : « وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد ، وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة ، لأنه بيع انتهاء . وكال زفر والشافعى رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض » (فتح القدير ٧ ص ١٤٨) . انظر أيضاً المادة ٥٢٨ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

(٣) وتعتبر هبة بعوض أن يشترط الواهب وهو والد الموهوب له على ابنه تجهيز أختيه — أختى الموهوب له وبنتى الواهب — والإنفاق عليهما وعلى أمه — زوجة الواهب — بعد وفاة أبيه (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤ .

الفرع الثالث

السبب فى عقـد الهبة

٩٢ — تطبيق القواعد العامة فى السبب : نظرية السبب تسرى فى عقد الهبة كما تسرى فى غيرها من العقود . ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث : الباعث الدافع للواهب على الهبة . أما نية التبرع — وهى التى تقول النظرية التقليدية إنها السبب فى الهبة — فهى تختلط اختلاطاً تاماً بالرضاء ، فالواهب عندما رضى بالهبة كان رضاؤه هذا متضمناً لنية التبرع . وأكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية فى السبب عندما تخلط هذه النظرية نية التبرع بالسبب فى الهبات ، فإن نية التبرع موجودة حتماً فى كل هبة ، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً[1] . وهذا ما دفع الأستاذ كابيتان ، وهو من أكبر المدافعين عن نظرية السبب التقليدية ، إلى ألا يقف عند نية التبرع ، بل يجاوزها إلى الباعث الدافع ، فيجعله هو السبب

= والهبة بعوض تخضع لقواعد الهبة الشكلية والموضوعية . ومن ثم تسرى عليها الرسمية أو العينية وأحكام الضمان المخففة وأحكام الرجوع فى الهبة ، فضلا عن الفسخ لعدم أداء العوض . ولكن عند تحديد قيمة الهبة يجب إنقاص قيمة العوض من قيمة المال الموهوب ، فإذا كانت الهبة بعوض صادرة فى مرض الموت اعتبرت قيمة الهبة التى يجب ألا تجاوز ثلث التركة هى الفرق بين قيمة المال الموهوب وقيمة العوض (انظر فى هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولى ص ٩٥) . وإذا كانت قيمة العوض أكبر من قيمة الموهوب أو تعادلها ، كان العقد معاوضة لا تبرعاً ، كما سبق القول . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الذى يلتزم بموجبه شخص بنقل حق عينى أو بعمل شىء إلى هيئة من الهيئات العامة ، مقابل قيام تلك الهيئة بعمل للمصلحة العامة ، هو عقد معاوضة لا تشترط فيه الرسمية ، ولا تطبق عليه أحكام الهبة (استئناف مصر ٢٠ يونيه سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٦٦ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٣ — وانظر مع ذلك دفاعاً مسهباً عن النظرية التقليدية فى أن نية التبرع هى السبب فى الهبات بودرى وكولان ١٠ فقرة ٥٠ — فقرة ٥١ .

فى الهبة إذا اقترنت بشرط يكون هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه[١] .

فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . وبخاصة فى عقد الهبة ، فيكون السبب كما قدمنا هو الباعث الدافع للواهب على التبرع .

ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، فإذا كان غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقا . ولكن يجب ، حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذى دفع الواهب إلى التبرع ، أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث . وقد ذهب بعض الفقهاء[٢] إلى أنه لا حاجة فى الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له ، فإن الإرادة التى نقف عندها هى إرادة المتبرع وحده ، فهى الإرادة التى تسيطر على التصرف ، فيعتد إذن بالباعث الذى دفع الواهب إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو كان مجهولا منه . ولكن الرأى الذى ساد هو الرأى الأول ، فيجب ، حتى فى الهبة لتكون باطلة ، أن يكون عدم مشروعية الباعث الذى دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من الموهوب له[٣] .

ومن أظهر تطبيقات عدم مشروعية السبب فى الهبة ما استقر عليه القضاء فى مصر من أنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو إيجاد العلاقة غير الشريفة بينهما أو استدامتها أو تجديدها ، كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب . أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٧٤ ص ٤٥٠ .

(٢) چوسران فى البواعث فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص ٢٠٣ — ريپير فى القاعدة الخلقية فقرة ٣٥ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣١٩ و٣ فقرة ٣٥٢٣ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٣ ص ١٠٩ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٨٣ .

فإذا لم يكن عدم مشروعية السبب معلوماً من الموهوب له ، كانت الهبة صحيحة ، وإن كان يجوز للواهب الرجوع فيها و تث فى الأحوال التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة .

الضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والهبة تكون صحيحة[١] .

والقواعد التي قررناها في السبب عند الكلام في نظرية العقد بوجه عام تسري على الهبة بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعتها ، فنحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد[٢] . وإنما نقف عند تطبيقات ثلاثة للسبب كان المشروع التمهيدي يشتمل على نصوص فيها[٣] ، وحذفت هذه النصوص اكتفاء بالقواعد العامة .

٩٣ — الهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٦٩ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : « إذا اقترنت الهبة بشرط

---

(١) استئناف وطني ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ — محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦ .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٨٨ وما بعدها .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه النصوص : « والسبب في الهبة هو نية التبرع طبقاً للمذهب القديم ، وهو الدافع الرئيسي للتبرع طبقاً للمذهب الحديث . وقد طبق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة : (أ) اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع ، فإنه يلغى وتصح الهبة : قارن مرشد الحيران م ٢٥٥ فقرة ثانية . وإن كان هو الدافع ، بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب . وعلى هذا جرى القضاء المصري والفرنسي ، وقنن المشروع ما جرى عليه القضاء (م ٦٦٩) . (ب) الهبات والهدايا التي تقدم للخطيب من الخطيب الآخر أو من أجنبي ، فهي ترد إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الشيء الموهوب قائماً ويمكن رده بالذات (م ٦٧٠ من المشروع وم ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية) ، ويمكن تعليل ذلك بأن سبب الهبة قد زال لفسخ الخطبة . (ج) شرط عدم التصرف ، ولا يكون صحيحاً ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٦٧١ و١١٩١ من المشروع) ، وإلا كان السبب غير مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) .

مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغى الشرط ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة ، فتقع الهبة كلها باطلة »[١] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة[٢] .

ومثل الهبة المقترنة بشرط مستحيل أن يهب شخص داراً لآخر ، ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له إيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص ، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفى قبل صدور الهبة . فهنا الشرط الذى اقترنت به الهبة هو شرط مستحيل ، ومن ثم ننظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع (cause impulsive et déterminate) للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له ، وفى هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم ، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين أن الشرط مستحيل ، فإن الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط وحده .

ومثل الهبة المقترنة بشرط غير مشروع أن يهب شخص مالا لمطلقته ويشترط عليها عدم الزواج . فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع[٣] ، فإن كان هو الباعث الدافع للواهب على التبرع ، ألغى

---

(١) انظر فى أصل هذه القاعدة فى القانون الرومانى وفى قوانين الثورة الفرنسية وفى تفصيلات القاعدة فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٠٠ مدنى فرنسى) بودرى وكولان ١٠ فقرة ٦٥ — فقرة ١٠٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٨ — ص ٢٥٩ فى الهامش — وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى على ما يأتى : « ومع ذلك لا يقوم الالتزام المدنى الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

(٣) والعبرة فى عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة ، فإذا كانت مشروعة فى هذا الوقت فالهبة صحيحة ولو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك (بودرى وكولان ١٠ فقرة ١١٧ — فقرة ١١٨) .

الشرط وبطلت الهبة معه . وإن لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ، ألغى الشرط وبقيت الهبة[1] .

٩٤ — الهبات والهدايا فى الخطبة : وكان المشروع التمهيدى يشتمل أيضاً على نص هو المادة ٦٧٠ من هذا المشروع . وكان يجرى على الوجه الآتى : « الهبات والهدايا التى تقدم فى الخطبة من أحد الخطيبين للآخر ، أو من أجنبى عنهما لأحدهما أولهما معاً ، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ، ما دام الشىء الموهوب قائماً ويمكن رده بالذات »[2] . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بالقواعد العامة وبأحكام العرف فى هذا الشأن[3] .

والمفروض أن الهبات والهدايا التى يقدمها أحد الخطيبين للآخر ، أو يقدمها ذوو الخطيبين لأحدهما أولهما معاً ، إنما الباعث الدافع لها هو إتمام الزواج . فإذا لم يتم وفسخت الخطبة ، فقد انعدم السبب ، فبطلت الهبة . ومن ثم يستطيع الواهب أن يطلب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسخ الخطبة[4] . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الشىء الموهوب قائماً ، كالمجوهرات

---

(١) وقد قضت محكمة الزقازيق الاستئنافية بأن الهبة المقرونة بشرط باطل تعتبر صحيحة مع بطلان الشرط ، فإذا اشترط الزوج فى هبته لزوجته ألا تتزوج ، وقع الشرط باطلا لمخالفته القانون والنظام العام ، وتصح الهبة (١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٥٦ ص ١٥٩) . وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ٦٣٥ ص ٨٤٧ .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن التكليف لا يكون ملزماً إذا لم يخرج عن مجرد الرغبة والارتياح إلى تحقيقه ، وبأن شرط تعين وصى معين على القاصر الموهوب له مخالف للنظام العام لأنه لا يجوز أن يفرض على المجلس الحسبى شخص معين للوصاية ، ويكون هذا الشرط باطلا لاستحالته ، وتبقى الهبة (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٢ ص ٥٦١).

(٢) انظر أيضاً المادة ٦١٢ من التقنين المدنى العراقى وهو نص مطابق .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٩ — ص ٢٦١ فى الهامش .

(٤) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ .

والمصوغات ، حتى يمكن رده بالذات . أما إذا استهلك ، كالحلوى والروائح ، فالمفروض أن الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك وعلى ألاّ يسترده مهما كان مآل الخطبة ، فلا يكون إتمام الزواج سبباً فى مثل هذه الهبات(١) .

٩٥ — شرط عدم التصرف فى الشيء الموهوب : وكان المشروع التمهيدى يشتمل أخيراً على نص هو المادة ٦٧١ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا اشترط الواهب عدم التصرف فى الشيء الموهوب ، فيسرى على الهبة أحكام المادتين ١١٩١ و ١١٩٢ » . وقد

---

(١) ويذهب الأستاذ محمود جمال الدين زكى إلى أن الواهب هنا إنما يرجع فى الهبة إذا فسخت الخطبة ، ويكون فسخ الخطبة عذراً مقبولا يجيز له الرجوع ، ولا دخل لنظرية السبب فى هذه المسألة (ص ١٣٩ هامش رقم ١) . وعندنا أن نظرية السبب يمكن أن تكون تعليلا مقبولا للرجوع فى الهبة عند فسخ الخطبة ، ذلك أن الواهب وهو يقدم هدية للخطيبة إنما دفعه إلى ذلك أن الخطبة ستنتهى بالزواج . فإذا فسخت الخطبة فهو يرجع فى الهدية استصحابا لنيته الأولى وقت أن وهب ، لا ابتداء لنية جديدة فى الرجوع فى الهبة لعذر طرأ .

على أننا إذا قلنا بنظرية السبب فى هذه المسألة ، فإننا نتوسع فى الأثر الذى يترتب على السبب ، فهو يؤثر فى صحة العقد لا وقت صدور العقد فحسب ، بل أيضاً عند تخلف السبب بعد صدور العقد .

وفى الفقه الإسلامى للخاطب أن يرجع فى هديته ، لأن الهدية نوع من الهبة فيجوز الرجوع فيها . ولا مانع من الرجوع لأن الهبة هنا كانت قبل الزواج ، والمانع من الرجوع هو قيام الزوجية وقت الهبة ، وهذا فى مذهب أبى حنيفة . أما عند جمهور الفقهاء فلا يجوز الرجوع فى الهدية كما لا يجوز الرجوع فى الهبة . لكن المختار فى مذهب مالك أنه لو تم الزواج بينهما فلا رجوع ، وإن حصل عدول عنه فلم يعقد عليها ، فإن كان العدول منه فكذلك ، أما إذا كان العدول من المخطوبة فإن الخاطب يرجع فيما أهداه إن كانت الهبة باقية ، أو بمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط فيعمل به (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٠ — ص ٦١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تم الزواج لم يجز الرجوع فى الهدية ، حتى لو افترق الزوجان بعد الزواج (٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٤٩) .

حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لورود حكمه فى المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ مدنى[1] .

والواقع من الأمر أن شرط عدم التصرف فى الشىء الموهوب قد ورد حكمه فى نص عام هو نص المادة ٨٢٣ مدنى ، ويجرى على الوجه الآتى : « (١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » . ويخلص من هذا النص أنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له ألاّ يتصرف فى الشىء الموهوب ، فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . أما إذا كان الشرط مبنياً على باعث غير مشروع ، بأن كان الغرض منه تعطيل التصرف فى الموهوب دون مبرر لذلك ، وجب النظر فيما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، ويبطل وتبطل معه الهبة . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فإنه يلغو وحده ، وتبقى الهبة صحيحة ، ويجوز للموهوب له عندئذ أن يتصرف فى الشىء الموهوب بالرغم من شرط عدم التصرف . ومن المبررات لشرط عدم التصرف ، فيكون شرطاً مشروعاً يجب العمل به ، أن يكون قد وضع لحماية الواهب أو الغير ، كما إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له ترتيب إيراد مرتب له طول حياته ، أو إيراد مرتب لأجنبى طول حياة هذا الأجنبى ، فيكون هذا مبرراً لأن يشترط الواهب أيضا ألاّ يتصرف الموهوب له فى الشىء طول حياة الواهب أو طول حياة الأجنبى ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦١ – ص ٢٦٢ فى الهامش .

ليكون ذلك ضامنا للوفاء بالإيراد المرتب . كذلك من مبررات شرط عدم التصرف أن يكون قد وضع لحماية الموهوب له نفسه ، بأن كان محدود التجربة أو كان فيه نزق وطيش ، فيشترط عليه الواهب ألا يتصرف فى الشىء الموهوب حماية له من عدم تجربته أو من نزقه وطيشه ، ويصح فى هذه الحالة أن يكون شرط عدم التصرف لمدة حياة الموهوب له .

فإذا صح شرط عدم التصرف على الوجه الذى أسلفناه ، صحت الهبة معه ووجب العمل بالشرط . ومن ثم لا يجوز للموهوب له أن يتصرف فى الشىء الموهوب طول المدة التى حددت للشرط ، وإذا تصرف وقع تصرفه باطلا . واستطاع كل ذى شأن – وبخاصة الموهوب له والواهب نفسه – أن يسترد الشىء الموهوب من المتصرف له ، ولكن تبقى الهبة قائمة فيرد الشىء إلى الموهوب له لا إلى الواهب . وتنص المادة ٨٢٤ مدنى فى هذا الصدد على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » .

الفصل الثاني

أحكام الهبة

٩٦ – آثار الهبة والرجوع فيها : تشمل أحكام الهبة الآثار التى تترتب عليها وجواز الرجوع فيها .

الفرع الأول

الآثار التى تترتب على الهبة

٩٧ – التزامات الواهب والتزامات الموهوب له : الأصل فى عقد الهبة كما قدمنا أنه عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الواهب . ولكن إذا اشترط الواهب عوضاً لهبته على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كانت الهبة ملزمة للجانبين ووجدت التزامات مقابلة فى جانب الموهوب له .

فنتكلم فى التزامات الواهب ، ثم فى التزامات الموهوب له .

المبحث الأول

التزامات الواهب

٩٨ – التزامات أربعة : التزامات الواهب ، كالتزامات البائع ، أربعة : (١) نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له . (٢) تسليم الشيء الموهوب للموهوب له . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق . (٤) ضمان العيوب الخفية .

المطلب الأول

نقل ملكية الشيء الموهوب

٩٩ — تطبيق القواعد العامة : التزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب تسرى فيه القواعد العامة ، على النحو الذى رأيناه فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع .

فعقد الهبة ينشئ التزاماً فى ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون فى الشيء المعين بالذات الذى يملكه الواهب ، مع مراعاة قواعد التسجيل فى العقار (م ٢٠٤ و م ٩٣٢ مدنى) . ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل والكف عن أى عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة فى الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع فى الهبة . ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له (م ٢٠٦ مدنى) . ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف فى الموهوب حتى قبل قبضه ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول (إذا لم تكن الهبة يدوية فى المنقول) ، وأن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت تمام الهبة ، وإذا أفلس الواهب بعد الهبة جاز للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزاحمه دائنو الواهب . وتنتقل الملكية ، لا فى حق المتعاقدين وحدهما ، بل أيضاً فى حق الورثة والدائنين . إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضراراً بدائنيه ، فإن هؤلاء لهم الحق فى الطعن فى الهبة بالدعوى البولصية ، ولو لم يكن الموهوب له عالماً بإعسار المدين ، فتصبح الهبة غير نافذة فى حقهم ، ويستطيعون أن ينفذوا على

الشيء الموهوب بحقوقهم وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البولصية[١] .

وكل ما أسلفناه من الأحكام المتقدمة يراعى فى تفصيلاته ما سبق أن قدمناه فى خصوص التزام البائع بنقل ملكية المبيع[٢] .

والتزام الواهب بنقل ملكية الموهوب كان منصوصاً عليه صراحة فى المشروع التمهيدى ، فكانت المادة ٦٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « (١) يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له . (٢) فإذا كان الموهوب عقاراً ، سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل . (٣) أما إذا كان منقولا ، فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقى الكامل ، فإن كان

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، هو المادة ٦٧٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأنه « لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضراراً بالدائنين » ، فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٢ فى الهامش) . وانظر المادة ٦١٠ من التقنين المدنى العراقى وتنص على أنه « لا تجوز الهبة إضراراً بالدائنين » : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٨ .

وانظر فى القضاء المصرى فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٣ (لا يجوز الوقف إضراراً بحق الشفيع) — ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ — ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٤ ص ٢٤٨ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠١ ص ١٨٤ — ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٢/٢ ص ٤٨٣ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ — ١٠ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠—٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩— ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٧ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٦ — ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٨ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٦ — ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٤ — ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٢ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٩ .

المنقول موجوداً فى حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة لقبض جديد » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة[1] . ويلاحظ أن المشروع التمهيدى كان يشترط القبض الحقيقى فى المنقول لتمام الهبة ولنقل الملكية ، ولكن عدل المشروع فى هذه المسألة كما رأينا[2] . وأصبحت الرسمية شاملة للعقار والمنقول ، وإن كان القبض فى المنقول يغنى عن الرسمية .

ونستعرض الآن نقل الملكية فى المنقول ، ثم فى هبة العقار .

١٠٠ — نقل الملكية فى هبة المنقول : نميز هنا ، كما ميزنا فى البيع ، بين المنقول المعين بالذات والمنقول غير المعين إلا بالنوع .

ففى المنقول المعين بالذات المملوك للواهب ، تنتقل الملكية إلى الموهوب له فوراً بمجرد تمام الهبة وقبل القبض ، هذا إذا كانت الهبة قد وثقت فى ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة . أما إذا كانت هبة يدوية ، فتتم الهبة ، وتنتقل الملكية فى الوقت ذاته إلى الموهوب له ، بالقبض ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم[3] . ونرى من ذلك أن الملكية تنتقل بمجرد تمام الهبة ، سواء تمت الهبة بورقة رسمية أو بالقبض أو كانت هبة مستترة . وتنتقل ملكية المنقول إلى الموهوب له على هذا النحو ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى فى كل ذلك أحكام انتقال

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥ — وتنص المادة ٦١٣ من التقنين المدنى العراقى على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلى الموهوب له » . وتنص المادة ٥٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تتم الهبة وتنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، سواء أكانت منقولة أو ثابتة ، عندما يقف الواهب على قبول الموهوب له ، مع الاحتفاظ بالأحكام الآتية » :

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

ملكية المبيع المنقول المعين بالذات فيما قدمنا[١] . وهبة الجزاف ، كبيع الجزاف ، حكمها فى انتقال ملكية الموهوب حكم هبة المنقول المعين بالذات على النحو الذى قدمناه ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير[٢] .

وفى المنقول غير المعين إلا بالنوع ، كهبة عشرة أرادب من القمح أو عشرين قنطاراً من القطن ، إذا كانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة ، تمت الهبة بالقبض وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة . أما إذا وثقت الهبة فى ورقة رسمية ، فتنتقل ملكية الموهوب بالإفراز ولو قبل القبض . وتسرى فى كل ذلك أحكام انتقال ملكية المبيع المنقول غير المعين إلا بالنوع فيما قدمناه[٣] .

١٠١ — نقل الملكية فى هبة العقار : أما إذا كان الموهوب عقاراً ، وتمت الهبة سواء وثقت بورقة رسمية أو كانت هبة مستترة ، فإن ملكية العقار الموهوب ، سواء فى حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة . وقد نصت المادة ٩٣٤ مدنى على هذا الحكم إذ تقول : « (١) فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى . (٢) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غـير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤١ — فقرة ٢٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٤ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٨ .

وقد استعرضنا عند الكلام فى البيع تطور نظام الشهر العقارى فى مصر ، وتتبعنا العهود الأربعة التى مر بها هذا النظام : العهد السابق على التقنين المدنى القديم ، ثم نظام الشهر فى التقنين المدنى القديم ، ثم نظامه فى قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم فى الوقت الحاضر ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[١] .

وفى عهد التقنين المدنى القديم كانت ملكية العقار الموهوب تنتقل فيما بين المتعاقدين بعقد الهبة ولو لم يسجل[٢] ، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا بتسجيل عقد الهبة . وتسرى فى ذلك الأحكام التى قدمناها فى عقد البيع[٣]

أما فى عهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقارى ، فلملكية العقار الموهوب لا تنتقل كما قدمنا ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، إلا بتسجيل عقد الهبة .

فالهبة غير المسجلة لا تنقل ملكية العقار الموهوب حتى فيما بين المتعاقدين ، ويترتب على ذلك أن الموهوب له لا يصبح مالكاً للعقار الموهوب ما دامت الهبة لم تسجل . فإذا مات الواهب وانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى أجنبى أو وهبه منه بعد أن سجل شهادة إرثه ، فضل المشترى أو الموهوب له من الوارث على الموهوب له من المورث إذا سبق الأول الثانى إلى التسجيل ، كل هذا على التفصيل الذى بسطناه عند الكلام

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ – فقرة ٢٦٥ .

(٢) وكانت المادة ٤٨/٧٠ من التقنين المدنى القديم تنص على أن « تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى وإلا كانت الهبة لاغية » .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٧ – فقرة ٢٦٩ .

فى البيع[١] . ولكن الهبة غير المسجلة لا تزال هبة ، فتنتج جميع آثارها عدا نقل الملكية بالفعل[٢] . ويترتب على ذلك أن الهبة غير المسجلة تنشئ التزاماً فى جانب الواهب بنقل ملكية الموهوب ، ويسرى هنا ما سبق أن قررناه فى البيع فى شأن دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع[٣] .

وتنشئ الهبة غير المسجلة ، إلى جانب الالتزام بنقل الملكية ، جميع الالتزامات الأخرى التى ينشئها عقد الهبة فى جانب كل من الواهب والموهوب له . فيلتزم الواهب ، بموجب عقد الهبة غير المسجل ، بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له ، ويضمن الواهب للموهوب له التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية على الوجه الذى يضمن به كل ذلك فى الهبة بعد تسجيلها . وتنشئ الهبة غير المسجلة فى جانب الموهوب له التزاماً بالوفاء بالعوض إذا كان مشترطاً فى الهبة ، والتزاماً بدفع مصروفات الهبة ، والتزاماً بتسلم العقار الموهوب ، على نحو ما يلتزم بكل ذلك فى الهبة المسجلة . والهبة غير المسجلة ، قبل التقنين المدنى الجديد ، تصلح سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى ، ولكنها فى التقنين المدنى الجديد لا تصلح سبباً صحيحاً إلا إذا سجلت إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ .

(٢) وقد نصت محكمة النقض بأن الهبة تنعقد صحيحة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . أما نقل الملك فليس ركناً من أركان انعقادها ولا شرطاً من شرائط صحتها ، وإنما هو أثر من الآثار المترتبة على قيامها . وقانون التسجيل لم يغير من طبيعة الهبة كما لم يغير طبيعة البيع ، بل كل ما استحدثه هو أنه عدل من آثارها بجعله نقل الملكية متراخياً إلى ما بعد التسجيل . وكون الهبة عقد تمليك منجز ليس معناه أن نقل الملكية ركن من أركان انعقادها أو شرطاً من شروط صحتها ، بل معناه أنها عقد يراد به التمليك الفورى ، تمييزاً لها عن الوصية التى يراد بها إضافة التمليك إلى ما بعد الموت (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩) .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣ — فقرة ٢٧٥ .



بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون » . وكذلك الهبة غير المسجلة لا يؤثر عدم تسجيلها فى قابليته هبة ملك الغير للإبطال ، فهبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول[١] .

فإذا سجلت هبة العقار بقيت منتجة للآثار التى تقدم ذكرها ، وزادت بالتسجيل أن تنقل بالفعل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له متى كان العقار مملوكاً للواهب . وتنتقل الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير كما سبق القول . فإذا تصرف مالك العقار فى عقاره مرتين متواليتين ، بالهبة أو بالبيع أو بأحدهما فى المرة الأولى وبالثانى فى المرة الأخرى ، فمن سبق من المتصرف إليهما إلى تسجيل عقده يفضل على الآخر ، ومن ثم يفضل الموهوب له حتى على المشترى إذا سبق إلى التسجيل . ونرى أن للتسجيل فى الهبة أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، على النحو الذى بسطناه فى البيع[٢] . ونرى أيضاً أنه يشترط لصحة التسجيل فى الهبة حسن النية ، فإذا سبق الموهوب له إلى تسجيل عقد الهبة وهو يعلم أن الواهب قد سبق له التصرف فى العقار الموهوب ، جاز للمتصرف له الأول أن يطعن بالدعوى البولصية فى الهبة المسجلة ليجعلها غير نافذة فى حقه . وذلك بخلاف البيع ، وقد قررنا فى خصوصه أنه لا يشترط حسن النية وإنما يشترط عدم التواطؤ[٣] ، ذلك أنه لا يشترط تواطؤ الموهوب له مع الواهب للطعن فى الهبة بالدعوى البولصية . بل إن الموهوب له قد يكون حسن النية ، ومع ذلك يجوز الطعن فى الهبة ولو سجلت بالدعوى البولصية متى ثبت أن الواهب كان سيء النية وقت أن صدرت منه الهبة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البولصية .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨١ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ — فقرة ٢٨٦ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ .

المطلب الثانى

تسليم الشىء الموهوب

١٠٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشىء الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسرى فى ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٢ – ولا مقابل له لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[2]

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٥٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ – ص ٢٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل . وهبة المنقول فى التقنين العراقى لا تتم إلا بالقبض (م ٦٠٣ عراقى) ، فالتسليم إذن ركن فى هذه الهبة لا التزام ، أما فى العقار فتتم الهبة بالتسجيل فى الدائرة المختصة (م ٦٠٢ عراقى) . فيلزم الواهب بتسليم العقار الموهوب للموهوب له وفقاً للقواعد العامة . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩ – فقرة ٣١ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل . وهبة المنقول فى التقنين اللبنانى لا تتم إلا بالقبض (م ٥٠٩ لبنانى) ، فالتسليم هنا ركن لا التزام . أما فى العقار فتتم بالقيد فى السجل العقارى (م ٥١٠ لبنانى) ، فيلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب للموهوب له وفقاً للقواعد العامة .

١٠٣ — تسليم الموهوب والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام الواهب بنقل ملكية الموهوب : إذا لم يكن الواهب قد سلم الموهوب فعلا لتتم الهبة إذا كانت يدوية ، فإنه ، فى حالة ما إذا كانت الهبة بورقة رسمية فى عقار أو منقول أو كانت هبة مستترة ، يلتزم بتسليم الموهوب إلى الموهوب له . وهذا الالتزام بالتسليم فرع عن التزامه بنقل الملكية ، ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام الواهب بالمحافظة على الموهوب إلى أن يسلمه إلى الموهوب له . وتنص المادة ٢٠٦ مدنى فى هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » . وإذا هلك الموهوب قبل التسليم دون أن يكون الواهب قد تسبب فى هلاكه بفعله العمد أو بخطأه الجسيم ، فإن تبعة الهلاك كما سنرى يتحملها الموهوب له ، ويتخلص الواهب من كلا الالتزامين : التزامه بالمحافظة على الشيء والتزامه بالتسليم .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٩٣ مدنى السالفة الذكر : « وتسرى فى ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . فتسرى إذن هذه الأحكام فى المحل الذى يقع عليه التسليم ، وفى الطرق التى يتم بها التسليم ، وفى الجزاء الذى يترتب على إخلال الواهب بالتزام التسليم .

١٠٤ — المحل الذى يقع عليه التسليم : محل التسليم هو الشيء الموهوب ، ويلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له بالحالة التى كان عليها وقت صدور الهبة ، وبالمقدار الذى عين له فى العقد ، وبالملحقات التى تتبعه .

فيلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالحالة التى كان عليها وقت صدور الهبة ، وتتعين هذه الحالة على النحو الذى تتعين به حالة المبيع فيما قدمناه[١] . وإذا تغيرت هذه الحالة ، لم يكن البائع مسئولا إلا عن فعله

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩٤ .

العمد أو خطأه الجسيم[1] ، وفقاً للمادة ٤٩٦ مدنى وسيأتى ذكرها . ويجوز للواهب أن يشترط فى الهبة تسليم الموهوب فى الحالة التى يكون عليها وقت التسليم ، أو فى أية حالة أخرى ، فإن الالتزام بتسليم الموهوب فى الحالة التى كان عليها وقت صدور الهبة ليس من النظام العام .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذى عين له فى العقد . فإذا نقص عن هذا المقدار ، لم يكن الواهب مسئولا فى هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم (م ٤٩٦ مدنى) . وإذا زاد على هذا المقدار ، وكان قابلا للتبعيض ، فالزيادة للواهب ، لأنها لم تدخل فى الهبة والموهوب لا يضره التبعيض . أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبعيض ، فالظاهر أن قدر الموهوب فى هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلا ، ولا مقابل للوصف ، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل[2] . ويبدو أن الدعاوى الخاصة بمقدار الموهوب شأنها شأن سائر الدعاوى فى مدة التقادم ، ولا تسرى عليها مدة السنة من وقت تسليم الموهوب تسليما فعلياً وهى المدة الواردة فى المادة ٤٣٤ مدنى ، لأن هذا النص جاء على سبيل الاستثناء فى خصوص عجز المبيع أو زيادته فلا يتوسع فيه .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالملحقات التى تتبعه ، وتحدد ملحقات الموهوب على النحو الذى حددت به ملحقات المبيع[3] . فتلحق بالموهوب الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية وعقود الإيجار التى يكون من شأنها أن تسرى على الموهوب له وصورة من المستندات التى يستبقيها الواهب لتضمنها حقوقاً أخرى غير حقوق الموهوب له . ويلحق بالموهوب أيضاً حقوق الارتفاق التى قد تكون له ، وكذلك « بوالص »

---

(١) قارن فى البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٥ .

(٢) قارن فى البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٧ – فقرة ٢٩٩ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٢ .

التأمين التى قد تكون معقودة لتأمينه ويكون الموهوب له بالنسبة إلى هذه « البوالص » خلفاً خاصاً . وإذا كان الموهوب منزلا ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل فى الملحقات المنقولات التى يمكن فصلها دون تلف . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل فى الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام والمواشى والآلات الزراعية مما يعد عقاراً بالتخصيص والمخازن وزرائب المواشى وبيوت الفلاحين والمزروعات غير الناضجة بخلاف الناضجة فإنها لا تدخل . وتتحدد ملحقات البستان والمصنع والحيوان والسيارة والأسهم والسندات والأعمال الأدبية والفنية على النحو الذى تتحدد به فى البيع وفقاً لما قدمناه فى ذلك[1] .

١٠٥ — **كيف يتم التسليم** : يتم التسليم بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له فى الزمان والمكان المعينين .

وطريقة التسليم تكون كما قدمنا بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام الواهب قد أعلمه بذلك ، ويحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء الموهوب . وهذا هو التسليم الفعلى الذى تقرره المادة ٤٣٥ مدنى بالنسبة إلى البيع ، فيسرى أيضاً على الهبة . فإذا كان الموهوب عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون أولا بتخلية الواهب إياه . فإن كان داراً يسكنها الواهب ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ما له من أثاث وأمتعة فيها . وإن كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ما له من مواش وآلات ونحو ذلك . ثم يأتى بعد ذلك تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً فى الوقت ذاته على تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتى يتمكن من

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٣ .

دخولها ، أو مستندات ملكية الموهوب ، أو نحو ذلك . وإذا كان الموهوب منقولا ، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون عادة بمناولته إياه يداً بيد إذا تيسر ذلك . وقد يحصل التسليم أيضاً بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن يحتوى المنقول ، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للموهوب له إن كان الموهوب مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً فى جهة ما ، أو بتسليم هذا السند للموهوب له إذا كان السند لحامله . ويحصل تسليم المنقول غير المعين إلا بالنوع بإفرازه فى حضور الموهوب له ودعوته لتسلمه[1] . ويقوم مقام التسليم الفعلى فى الهبة ، كما فى البيع ، التسليم الحكمى . فإذا كان الموهوب فى حيازة الموهوب له قبل الهبة ، بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم صدرت الهبة ، كان الموهوب له حائزاً فعلا للموهوب وقت تمام الهبة ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب فى حيازته ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودَع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له عن طريق الهبة . فتتغير نية الموهوب له فى حيازته للموهوب ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويجوز أن يبقى الموهوب فى حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بالهبة ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودَع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو نحو ذلك . وهذه الصورة الثانية من التسليم الحكمى تصح فى التسليم باعتباره التزاماً فى الهبة لا ركناً فيها ، فتصح فى العقار ، وتصح فى المنقول إذا لم تكن الهبة يدوية بل تمت بورقة رسمية أو كانت هبة مستترة . أما إذا كانت الهبة يدوية فى المنقول فلا تتم إلا بالقبض ، ولا تعتبر هذه الصورة قبضاً كما سبق القول[2] . وقد تقدم الكلام فى التسليم الحكمى فى البيع ، وما قلناه هناك يسرى هنا[3] .

---

(١) انظر التفصيل فى عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٣٠٥ – فقرة ٣٠٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨ .

أما وقت تسليم الموهوب ، فالأصل أن يتم التسليم فوراً بمجرد تمام الهبة ، وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على وقت معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بالتسليم فى وقت معين ، أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئاً من الوقت فى تسليمه . وتسرى على الهبة الأحكام المتعلقة بالبيع فى هذا الصدد[1] .

ومكان تسليم الموهوب هو المكان الذى يكون موجوداً فيه وقت تمام الهبة . فإن كان منقولا غير معين بالذات ، أو كان منقولا معيناً بالذات ولكن لم يعين محل وجوده ، فالتسليم يكون فى موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم . وهــذا كله مالم يتفق المتعاقدان على مكان آخر يسلم فيه الموهوب[2] .

ونفقات التسليم تكون فى الأصل على الواهب ، لأنه هو المدين بالتسليم ، وتقضى المادة ٣٤٨ مدنى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين[3] . ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون النفقات على الموهوب له ، ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة ، وبخاصة إذا لوحظ أن الواهب يتجرد عن الموهوب بلا مقابل ، فمن اليسير استخلاص أنه لم يرد أيضاً تحمل نفقات التسليم[4] .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٩ .

(٢) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٠ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٧٨ من المشروع ، يجعل مصروفات تسليم الشىء على الموهوب له ، تفسيراً للهبة فى أضيق حدودها (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ وص ٢٧٩) . ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة ، وقيل فى سبب حذفه إن أحكامه مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فى ص ٢٧١ فى الهامش) . والصحيح أن المستفاد من القواعد العامة أن نفقات التسليم تكون على الملتزم به ، والملتزم بالتسليم هو الواهب لا الموهوب له .

(٤) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٢ .

١٠٦ — الجزاء الذى يترتب على إخلال الواهب بالتزام التسليم : وإذا أخل الواهب بالتزام التسليم على النحو الذى قدمناه ، فإن الموهوب له يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العينى إذا كان ذلك ممكناً ، فيجبره على التسليم ، وذلك ما لم يكن للواهب حق الرجوع فى الهبة واستعمل هذا الحق . أما فسخ الهبة لعدم التسليم ، فلا مصلحة للموهوب له فى المطالبة به ، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضته الهبة عليه كعوض أو شرط .

١٠٧ — تبعة هلاك الموهوب قبل التسليم — نص قانونى : وإذا هلك الموهوب قبل التسليم بسبب أجنبى ، فإنه يهلك على الموهوب له لا على الواهب ، بخلاف البيع . ذلك أن الهبة تكون عادة عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواهب ، فإذا انفسخت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على الموهوب له يتحلل منه ، فيكون هو الذى تحمل تبعة الهلاك كما هو الأمر فى سائر العقود الملزمة لجانب واحد . ولكن إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض على الموهوب له التزام أو شرط ، فإنه يتحلل منه بانفساخ الهبة لاستحالة تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة .

على أنه إذا هلك الموهوب قبل التسليم وكان ذلك بخطأ الواهب ، فإن كان الخطأ يسيراً بقيت تبعة الهلاك على الموهوب له ، ولم يكن الواهب مسئولا عن التقصير اليسير . أما إذا تسبب الواهب فى هلاك الموهوب بفعله العمد أو بخطأه الجسيم ، فإنه يصبح مسئولا نحو الموهوب له عن تعويض عادل[1] . ذلك أن الواهب ، إذا كان لا يسأل عن خطأه اليسير ، فإنه مسئول عن فعله العمد أو خطأه الجسيم ، وذلك وفقاً لما قررته المادة ٤٩٦ مدنى فهى تنص على أنه « لا يكون الواهب مسئولا إلا عن فعله العمد

---

(١) ويقع عبء الإثبات بطبيعة الحال على الموهوب له ، فلا يستطيع أن يرجع بتعويض عادل على الواهب إلا إذا أثبت فعلا عمداً أو خطأ جسيماً فى جانبه .

أو خطأه الجسيم »(١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا هلك الموهوب قبل التسليم لسبب أجنبى ، فالهلاك على الموهوب له ، لأنه لم يدفع مقابلا حتى يسترده كما فى البيع . وإذا كان الهلاك بخطأ للواهب ، كان مسئولا عن تعويض الموهوب له تعويضاً عادلا . والخطأ الذى يسأل عنه الواهب لا يكون إلا العمد أو الخطأ الجسيم . . . لأنه متبرع »(٢) . فإذا أتلف الواهب الموهوب كله أو بعضه ، وكان متعمداً إتلافه أو ارتكب فى إتلافه خطأ جسيما ، ولم يكن له حق الرجوع فى الهبة ، فإنه يلتزم بتعويض الموهوب له عما أتلفه من الموهوب تعويضاً عادلا يلاحظ فيه أنه متبرع لم يأخذ مقابلا لما أعطى(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٤ من المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب « استفسر فى اللجنة عن كيف تتحقق مسئولية الواهب عن فعله العمد أو خطأه الجسيم ، فأجيبت بأن ذلك يقع فعلا فى حالة ما إذا لم يسلمه الواهب الشىء وهلك قبل التسليم . فإن كان هلاكه قضاء وقدراً أو بتقصير غير جسيم ، فلا تتحقق مسئولية الواهب فى هاتين الحالتين . أما إذا هلك بفعل الواهب العمد أو بخطأه الجسيم ، فإن مسئوليته تتحقق » . ووافقت اللجنة على النص ، كما وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ وص ٢٧٣ – ص ٢٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، والظاهر أن القواعد العامة هى التى كانت تسرى ، وهذه تقضى بالمسئولية حتى عن الخطأ اليسير . والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين المدنى السابق هى التى تسرى . وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦٤ وحكمها مطابق – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٥ وحكمها مطابق أيضاً – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦١٦ وحكمها مطابق كذلك . ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) ويؤيد ذلك ما جاء فى لجنة الشئون التشريعية مما سبق بيانه (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

المطلب الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

١٠٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر . وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

« ٢ – وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولما كان حكماً موضوعياً فى الهبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامى هى التى تسرى[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، أو إلا إذا كانت الهبة بعوض وفى هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ – وإذا استحق الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بما جعل الحكم فى الحالة الأولى مقصوراً على التعويض العادل حتى لا تسرى أحكام استحقاق المبيع عليها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٢٢ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه ، مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأنه لا معدى من الرجوع إلى الشريعة الغراء فى أحكام الهبة باعتبارها من المسائل التى أسسها ونظمها الشرع وقصر القانون المدنى عن الإحاطة بكل أسسها وضوابطها . وتقضى أحكام الشرع بأن الواهب لا يضمن للموهوب له التعرض =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٦١٤ — ٦١٥ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥٢٢[1] .

= الحاصل من فعل الغير والاستحقاق المترتب عليه . فإذا استحق الشيء الموهوب لمالكه الحقيق فليس للموهوب له الذى انتزع منه أن يرجع على الواهب . ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد الساتر للهبة هو بيع واستحق العقار الموهوب للغير ، فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بالثمن المسمى فى عقد البيع المذكور (١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٦) .فلا ضمان للاستحقاق إلا إذا ضمنه الواهب بشرط خاص ، أوكان الاستحقاق يرجع إلى فعله (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٠ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥) .

والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام الفقه الإسلامى هى التى تسرى ، وإلا سرت أحكام التقنين المدنى الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦١٤ (مطابق لنص المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى) .

م ٦١٥ : إذا تلفت العين الموهوبة ، واستحقها مستحق ، وضمن المستحق الموهوب له ، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن إلا بالقدر الذى يضمن به الواهب الاستحقاق وفقا للأحكام السابقة . (والمفروض فى هذا النص أن الموهوب له يعلم أن الموهوب غير مملوك للواهب ، ولذلك رجع عليه المستحق بالضمان . فلا يرجع هو بالضمان على الواهب إلا إذا كانت الهبة بعوض ، فيرجع بقدر هذا العوض : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٣) ، وقارن المادة ٥٢٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٢ : يقوم الموهوب له مقام الواهب فى جميع الحقوق والدعاوى المختصة به عند نزع اليد بالاستحقاق . على أن الواهب لا يلزم بضمان الأموال الموهوبة إلا إذا نص على العكس أوكانت الهبة مقيدة بتكليف ، وفى الحالة الأخيرة يكون الواهب مسئولا عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف . (وتتفق هذه الأحكام فى جملتها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى لم يذكر حالة ضمان الواهب للاستحقاق إذا تعمد إخفاء سببه) .

١٠٩ – ضمان الواهب للتعرض الصادر منه : لم يذكر النص المتقدم ضمان الواهب للتعرض الصادر منه ، واقتصر على ذكر ضمانه للتعرض الصادر من الغير ولاستحقاق العين الموهوبة . ومع ذلك فلا شك فى أن الواهب يضمن التعرض الصادر منه ، فلا يجوز له أن يأتى أعمالا مادية يتعدى بها على حقوق الموهوب له ، كما لا يجوز له أن يقوم بتصرفات قانونية يكون من شأنها أن تسلب الموهوب له حقوقه ، ما لم يكن ذلك رجوعاً فى الهبة فى الأحوال التى يجوز فيها ذلك . ولا يجوز له أخيراً أن يتعرض للموهوب له تعرضاً مبنياً على سبب قانونى . وقد فصلنا القول فى هذه المسائل عند الكلام فى البيع ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[١] .

١١٠ – ضمان الواهب للتعرض الصادر من الغير : ويضمن الواهب التعرض الصادر من الغير ، وذلك إذا ادعى الغير حقاً على الموهوب سابقاً على الهبة ، أو تالياً لها وكان مستمداً من الواهب ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه فى ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير[٢] .

فإذا رفعت على الموهوب له دعوى باستحقاق الموهوب ، فأخطر بها الواهب ، ولم يتدخل هذا فى الدعوى ، وجب عليه ضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد التى سنقررها فيما يلى ، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من الموهوب له أو لخطأ جسيم منه . وإذا لم يخطر الموهوب له الواهب بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان على الوجه الذى سنقرره إذا أثبت الواهب أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها . ويثبت حق الموهوب له فى الضمان على الوجه الذى سنبينه ولو اعترف وهو

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٣٨ وما بعدها .

حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر الواهب بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت الواهب أن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه . وقد فصلنا القول فى ذلك عند الكلام فى ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير[1] .

١١١ — ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب : فإذا نجح الأجنبى المتعرض فى دعوى الاستحقاق وقضى له به ، فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق فى جميع الأحوال كما يرجع المشترى على البائع . ذلك أن الموهوب له بخلاف المشترى يتلقى الهبة تبرعاً ، فلا يرجع على الواهب إلا فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكفى فى ذلك أن يقرر للموهوب له أنه يملك الموهوب ، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يخفى مستنداً يثبت حق الغير فى الموهوب ، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب »[2] . وحتى فى هذه الحالة لا يزال يدخل فى الاعتبار أن الواهب متبرع ، فلا يعامل طبقاً للقواعد العامة بحيث يكون مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعمده إخفاء سبب الاستحقاق ، بل يقتصر القاضى على أن يقدر للموهوب له تعويضاً عادلا يحدده بحسب الظروف[3] ، ويعوضه بوجه خاص عما تحمل

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٧ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يترك هذه الحالة للقواعد العامة ، وكان من مقتضى تطبيق هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، لأنه تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ولذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا ص

من خسارة بسبب الاستحقاق . وإذا كان الموهوب له قد توقى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للواهب إذا كانت له مصلحة فى ذلك أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات[١] .

(الحالة الثانية) إذا كانت الهبة بعوض ، أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزامات أو شروطاً فى مقابل الهبة . وفى هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه ، ولكنه لا يكون مسئولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، وإن كانت الهبة قد فرضت التزامات وشروطاً على الموهوب له تحلل هذا منها وبرئت ذمته ، وتقف عند ذلك مسئولية الواهب[٢] . هذا إذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو يعلمه ولم يتعمد إخفاءه . أما إذا كان يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه ، فإننا نعود إلى الحالة الأولى ، ولا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط ، بل يجب أيضاً أن يعوض الموهوب له تعويضاً عادلا على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، ولو جاوز ذلك مقدار العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط[٣] . ويجوز للواهب هنا أيضاً ، إذا كان الموهوب له قد توقى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود

— الصدد : « ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذى ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذى أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش ، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢) .

(١) انظر م ٤٤٢ مدنى فى البيع ، وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) وفى الفقه الحنفى إذا استحقت الهبة ، فللموهوب له الرجوع فى جميع العوض الذى أداه إن كان قائماً وبمثله إن كان هالكاً وهو مثلى أو بقيمته إن كان قيمياً . وإن استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ .

أو بأداء شيء آخر ، أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، وهذا إذا رأى له مصلحة فى ذلك[1] .

وفى جميع الأحوال – أى فى الحالتين السابقتين وفى حالة ما لو كانت الهبة بغير عوض وكان الواهب لم يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق – يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى (م ٤٩٤ / ٢ مدنى السالفة الذكر) . فإذا فرض أن الواهب كان قد اشترى العين الموهوبة ، ثم استحقت العين فى يد الموهوب له ، فإن للواهب أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع له ، ويحل الموهوب له فى هذا الحق محل الواهب . كذلك إذا كان سبب الاستحقاق أن الواهب قد باع العين الموهوبة قبل الهبة ولم يقبض ثمنها ، فرجع المشترى من الواهب على الموهوب له باستحقاق العين ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب فى الرجوع بالثمن على المشترى[2] .

١١٢ – الاتفاق على تعديل الضمان : ويجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلا على أن الموهوب له يرجع

---

(١) وفى غير هاتين الحالتين ، أى حتى لو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض ، يعوض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوى الاستحقاق ومصروفات عقد الهبة ، إذا ثبت على الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، أى إذا كان يعلم أن الشيء الموهوب غير مملوك له أو كان عدم علمه بذلك يرجع إلى خطأ جسيم فى جانبه ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٤٩٦ مدنى لا تطبيقاً لقواعد ضمان الاستحقاق (انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٧٢ ص ١٤٩ هامش رقم ١ – وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ١٠٩ ص ١٤٥ ، والأستاذ أكثم الخولى فقرة ١١٥) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا استحق الموهوب وكان للواهب حقوق قبل المستحق ، كما إذا كان قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب فى هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣) .

على الواهب بضمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع حتى لو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق . كما يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن الموهوب له يرجع بضمان الاستحقاق كاملا ولا يقتصر على استرداد العوض ، إذا كانت الهبة بعوض .

كذلك يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن ينقصا من ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلا على أن الواهب لا يضمن ما عسى أن يظهر على العقار الموهوب من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها الواهب ولو كانت الهبة بعوض ، فإذا ظهرت حقوق ارتفاق على العقار الموهوب لم يضمنها الواهب ، ولم يجز للموهوب له أن يسترد العوض أو شيئاً منه فى هذه الحالة . ويبدو أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى الواردة فى البيع تسرى على الهبة من باب أولى ، فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتى : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » . فيفترض إذن أن الواهب قد اشترط عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان الموهوب له يعلم بهذا الحق من كونه ظاهراً أو من إخطار الواهب له به ، على النحو الذى بسطناه فى البيع[1] .

ويجوز أخيراً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يسقطا ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلا على أن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق أصلا حتى لو كانت الهبة بعوض . ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان الاستحقاق أو إنقاصه فى حالة ما إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، وذلك قياساً على ما ورد فى البيع فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على ما يأتى : « ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبى »[2] .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجوز الاتفاق —

المطلب الرابع

ضمان العيوب الخفيـــة

١١٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - لا يضمن الواهب خلو الشىء الموهوب من العيب » .

« ٢ - على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشىء الموهوب من العيوب ، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب . ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض ، على ألاّ يجاوز التعويض فى هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولما كان حكماً موضوعيا فى الهبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامى هى التى تسرى[2] .

= على إسقاط الضمان أو تخفيفه أو تشديده ، ولكن لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذى يترتب على سوء نيته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، إلا أن عبارة « كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب » الواردة فى الفقرة الثانية وردت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب » . وأقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه ٥٢٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « الذى يلحقه بسبب العيب » عبارة « الذى يسببه العيب » ، حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافق مجلس النواب عليه كما أقرته لجنته ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٠) .

(٢) وفى الفقه الإسلامى لا يضمن الواهب العيوب الخفيفة . والعبرة بتاريخ صدور =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٦٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٤ — ولا مقابل له لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[١] .

١١٤ — متى يضمن الواهب العيوب الخفية فى الموهوب : يخلص من النص المتقدم الذكر أن الأصل فى الهبة أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية لأنه متبرع ، والمفروض أنه لا يريد الجمع بين تجرده من ماله دون مقابل والضمان .

ومع ذلك يضمن الواهب العيوب الخفية فى العين الموهوبة فى الأحوال التى يضمن فيها الاستحقاق ، وهى :

أولا — إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، فلا يكفى إذن أن يكون الواهب عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاءه . فإذا كان عالماً بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه ، لم يجب عليه الضمان .

ثانياً — إذا كانت الهبة بعوض أو فى مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له ، ففى هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيوب الخفية حتى لو لم يكن يعلم بها ، ولكن على ألا يجاوز التعويض قدر العوض أو المقابل كما سيأتى .

= الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الإسلامى ، وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل ، فتسرى أحكام الفقه الإسلامى (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ، فتسرى القواعد العامة وهى قريبة من أحكام التقنين المصرى .

ثالثاً — إذا ضمن الواهب باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ، ثم ظهر عيب . ففى هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب ، حتى لو لم يكن يعلم به وحتى لو كانت الهبة بغير عوض أو أى مقابل آخر .

وتحديد ما هو المقصود بالعيب الخفى ، وأنه يجب أن يكون مؤثراً قديماً خفياً غير معلوم للموهوب له ، يرجع فيه إلى ما سبق أن قدمناه فى العيوب الموجبة للضمان فى عقد البيع[1] .

١١٥ — ما يرجع به الموهوب له فى ضمان العيب : فإذا وجب على الواهب ضمان العيب فى أية حالة من الحالات المتقدمة الذكر ، فإن التعويض الواجب عليه دفعه للموهوب له يراعى فيه هنا أيضاً كما روعى فى ضمان الاستحقاق أن الواهب متبرع ، فيكون أقل من التعويض الواجب على البائع دفعه للمشترى فى ضمان العيب الخفى .

ففى حالتى تعمد الواهب إخفاء العيب وضمانه خلو العين الموهوبة من العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذى يسببه العيب . فلا يعوض إذن الموهوب له عن العيب ذاته ، أى عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب[2] وإنما يعوضه عما سببه العيب من الأضرار ، كأن كان الموهوب حيواناً مصاباً بمرض معد خفى فأعدى حيوانات الموهوب له ، أو كان الموهوب آلة ميكانيكية بها عيب خفى فأتلفت مالا للموهوب له بسبب هذا العيب ، أو كان الموهوب داراً انهدمت بسبب عيب خفى فيها فألحق انهدامها ضرراً بمال للموهوب له وضعه فى هذا الدار . وقد كان

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) ولا يعوض الواهب عن العيب ذاته ، ويعوض عن الاستحقاق إذا أخفى سببه تعويضاً عادلا . وقد رأى المشرع التفريق بين العيب والاستحقاق فى هذا الصدد ، إذ العيب أخف جسامة من الاستحقاق (قارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١١٢) .

المشروع التمهيدى لنص المادة ٤٩٥ مدنى يلزم الواهب « بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب » ، فكان يدخل فى التعويض نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب . ولكن لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلا فى هذه العبارة ، فصار الواهب « ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب » ، وذلك « حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب »(١) .

وفى حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل ، وظهر بالعين عيب خفى يضمنه الواهب ، فإنه يعوض الموهوب له عن الأضرار التى لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على ألاّ يجاوز التعويض فى كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له . فإذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب فى الهبة بعوض أو بمقابل ، أو ضمن خلو العين من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التى تسبب فيها العيب على الوجه الذى سبق بيانه ، ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض أو المقابل(٢) .

١١٦ — الاتفاق على تعديل : ويجوز باتفاق خاص بين المتعاقدين تعديل أحكام ضمان العيب المتقدمة الذكر . وقد رأينا أن الواهب يجب عليه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ٥٤٦ فى الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ — ويبدو أن المادة ٤٥٢ مدنى المتعلقة بتقادم دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم البيع خاصة بعقد البيع وحده ، فلا تسرى على دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد الهبة (انظر آنفاً فقرة ٣٧٧) .

هذا ويحل الموهوب له محل الواهب فيما لهذا من حقوق ودعاوى بسبب العيب الخفى على النحو الذى رأيناه فى ضمان الاستحقاق (انظر آنفاً فقرة ٥٤٤) . فإذا كان الواهب مثلا حق الرجوع بالعيب الخفى على من تلقى منه الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محله فى هذه الدعوى .

ضمان العيب إذا هو ضمن خلو العين الموهوبة من العيوب ، فهذا اتفاق خاص من شأنه إيجاد ضمان لم يكن واجباً عليه . ويجوز كذلك الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، بأن يتفق المتعاقدان مثلا على أن يضمن الواهب ، ليس فحسب الخسارة التى سببها العيب ، بل أيضاً نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب .

ويجوز الاتفاق على إنقاص الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألاّ يضمن الواهب عيباً معيناً بالذات فى الهبة بعوض ، فإذا ظهر هذا العيب لم يكن الواهب ملزماً بتعويض الموهوب له عنه حتى فى حدود العوض .

ويجوز الاتفاق أخيراً على إسقاط الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألاّ يضمن الواهب أى عيب يظهر فى العين الموهوبة فى الهبة بعوض حتى فى حدود هذا العوض . ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه فى حالة تعمد الواهب إخفاء العيب .

المبحث الثانى

التزامات الموهوب له

١١٧ — التزامات محصورة : الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشىء ، إذ يغلب أن تكون الهبة تبرعاً محضاً فتكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب دون جانب الموهوب له . ولكن حتى فى هذه الحالة يفرض فى كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة ونفقات التسلم على نحو ما يلتزم به المشترى .

وقد تكون الهبة بعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له ، ففى هذه الحالة يلتزم الموهوب له بأداء هذا العوض أو المقابل .

ومن ثم تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين : (١) الالتزام بأداء العوض أو المقابل . (٢) الالتزام بنفقات الهبة .

المطلب الأول

الالتزام بأداء العوض أو المقابل

١١٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة » .

وتنص المادة ٤٩٨ على ما يأتى :

« إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل فى القيمة من العوض المشترط ، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب »(١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ٦٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وكان المشروع التمهيدى يزيد فقرة ثانية نصها كالآتى : « ويكون للواهب الحق فى اقتضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها عليه عقد الهبة . وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته . ويجوز للأجنبى الذى اشترط العوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض ، وفقاً للاحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير ، فإذا كان العوض مشترطاً للمصلحة العامة ، كان للجهة المختصة ، بعد موت الواهب ، حق المطالبة بأدائه » . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية فى لجنة المراجعة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وأصبح رقم المادة ٥٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٦) .

م ٤٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ٦٨١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨) .

ولا مقابل لهذين النصين فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

ويقابلان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٦٥ — ٤٦٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٨٦ — ٤٨٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦١٨ — ولا مقابل لهما فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

١١٩ — العوض المشترط : قدمنا أن الواهب قد يشترط على الموهوب له عوضاً يؤديه فى مقابل الهبة . فقد يهب داراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً طول حياته يقرب من ريع الدار ، أو أن ينفق عليه ، ويكون العوض فى هذه الحالة لمصلحة الواهب . وقد يكون العوض لمصلحة أجنبى ، كأن يهب الواهب الدار ويشترط على الموهوب له أن يسكن معه فيها أحد أقاربه . وقد يكون العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تنشئ مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك(٢) .

وحتى تحتفظ الهبة بطابعها التبرعى ، يجب أن تكون قيمة العوض المشترط أقل من قيمة المال الموهوب ، حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٥ — ٤٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦١٨ (مطابق للمادة ٤٩٧ من التقنين المدنى المصرى — ولا مقابل فى التقنين المدنى العراقى للمادة ٤٩٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ، ولكن نصوص التقنين المصرى تتفق مع القواعد العامة .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

محضة . أما إذا كانت قيمة العوض تقرب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها ، ويعلم الموهوب له ذلك ، فإن العقد يكون معاوضة لا هبة . لكن قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب ، دون أن يعلم الموهوب له ذلك بل يكون معتقداً وقت قبول الهبة أن العوض لا تزيد قيمته على المال الموهوب . ففي هذه الحالة قد يستطيع الموهوب له أن يطلب إبطال الهبة لغلط جوهري . وهو على كل حال ، ما دام قد قبل التعاقد على أنه هبة ، لا يكون ملزماً بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب ، فيجب إنقاص العوض إلى هذا المقدار (م ٤٩٨ مدني) .

١٢٠ – من له حق المطالبة بالعوض : وإذا قام الواهب بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة ، كان له الحق في مطالبة الموهوب له بأداء العوض المشترط ، سواء كان العوض مشترطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة . وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته :

فإذا كان العوض مشترطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لهذا الأجنبي أيضاً أن يطالب بأداء العوض ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير :

وإذا كان العوض مشترطا للمصلحة العامة ، جاز لكل من الواهب ومن يمثل هذه المصلحة المطالبة بأداء العوض . فإذا مات الواهب ، كان لمن يمثل المصلحة العامة أو للسلطة المختصة هذه المطالبة .

وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى حذف في لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من هذه القواعد[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٦ – وانظر آنفاً فقرة ١١٨ في الهامش .

١٢١ — جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض : وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٦٨٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « (١) إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته ، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول ، كان للواهب أو لورثته من بعده أن يسترد الشيء الموهوب وفقاً لأحكام الإثراء دون سبب ، وبالقدر الذى كان ينبغى أن يستخدم الشيء لأداء العوض . (٢) ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقداً ، حتى لو لم ترد الهبة على نقود . على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد . (٣) ولا يكون هناك محل للرد إذا تمحض العوض لمصلحة أجنبى ، كما أنه لا يثبت هذا الحق لورثة الواهب إذا كان العوض مشترطاً لمصلحة عامة » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[١] .

فلا يبقى إذن ، بعد حذف النص المتقدم الذكر ، إلا تطبيق القواعد العامة فى التعرف على جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض . وهذه تقضى بأنه إذا امتنع الموهوب له عن أداء العوض دون عذر مقبول وكان العوض مشترطاً لمصلحة الواهب ، فللواهب أو لورثته من بعده المطالبة بالتنفيذ العينى وإجبار الموهوب له على أداء العوض عيناً إذا كان ذلك ممكناً . فإذا لم يكن التنفيذ العينى ممكناً ، وجب على الموهوب له التعويض طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . ويجوز أيضاً للواهب أو لورثته المطالبة بفسخ الهبة لعدم أداء العوض[٢] ، لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين ، يرد عليه الفسخ طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن . ولكن يستطيع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٥ فى الهامش .

(٢) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة ١١ ديسمبر سنة ١٩١٧ جازيت ٨ رقم ٢٠٩ ص ٥٩ .

الموهوب له أن يتفادى الفسخ بأن يعرض الوفاء بالعوض عيناً إذا كان ذلك ممكنا .

وإذا كان العوض مشترطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لكل من الواهب والأجنبي المطالبة بالتنفيذ العيني . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الهبة ، ولا يضيع الفسخ على الأجنبي حقه إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته ، فيرجع بما يعادل العوض على الواهب ، إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبي تبرعاً يجوز للواهب الرجوع فيه . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة المقررة فى الاشتراط لمصلحة الغير[١] .

وإذا كان العوض مشترطاً لمصلحة عامة ، جاز لكل من الواهب وممثل هذه المصلحة المطالبة بالتنفيذ العينى كما سبق القول . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الهبة ، على أن يؤدى العوض المشترط للمصلحة العامة ما لم يكن تبرعاً يجوز الرجوع فيه .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، فلا يسرى من أحكام النص المحذوف إلا ما يتفق مع هذه القواعد ، أما ما خرج عليها فلا يسرى لأن النص قد حذف[٢] .

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٧٨ ص ٥٧٨ .

(٢) فلا يسرى من أحكام النص المحذوف استرداد الواهب أوورثته مقابلا نقدياً للعوض حتى لولم ترد الهبة على نقود ، وعدم جواز فسخ الهبة من الواهب إذا تمحض العوض لمصلحة أجنبى ، أومن ورثته إذا كان العوض مشترطاً لمصلحة عامة .

وليس للعوض حق امتياز على الشيء الموهوب ، لأن الامتياز إنما يتقرر للثمن على الشيء المبيع ، فإذا كانت حقيقة الهبة بيعاً وكان العوض هو الثمن كان هناك امتياز (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ، ص ١٥١) .

وإذا وفى الموهوب له العوض ثم استحق فى يد الواهب ، جاز أن يرجع فى هبته . وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض ، فلا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض . لأن الباقى منه يصلح لإسقاط الرجوع ، ولهذا لوعوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه . إلا أنه لم يرض =

١٢٢ - العوض هو الوفاء بديون الواهب - نص قانوني :

قدمنا أن الواهب قد يشترط على الموهوب له مقابلا لهبته ، وتكون لهذا المقابل صور مختلفة . فقد يفرض الواهب على الموهوب له شروطاً والتزامات لمصلحة الموهوب له نفسه ، وقد يفرض عليه مقابلا لمصلحته هو أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة كما رأينا فى العوض(١) .

وقد يشترط الواهب مقابلا هو أن يفى الموهوب له بديون الواهب . وفى هذا المعنى ورد نص صريح فى التقنين المدنى هو المادة ٤٩٩ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : " ١ - إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا كان الشىء الموهوب مثقلا بحق عينى ضماناً لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "(٢) .

= بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض ، فإذا لم يسلم له كله ، كان له الخيار إن شاء رضى بما بقى من العوض ، وإن شاء رد الباقى عليه ورجع فى الهبة (انظر مختصر الأستاذ محمد زيد ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧ . وانظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٧ من المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ وص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم تطبيق القواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى ٤٦٧ (مطابق) - وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٨٨ (مطابق) - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦١٩ (مطابق) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٣ ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا كانت الهبة =

فإذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاء ديونه ، وأطلق دون أن يعين هذه الديون ، فالمفروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة ، لا الديون التي تجد بعد ذلك ، وذلك تفسيراً للالتزام في أضيق حدوده لمصلحة المدين : فيجب في هذه الحالة أن يقوم الموهوب له بوفاء هذه الديون دون غيرها ، فإذا وفاها برئت ذمته من التزامه نحو الواهب ، وإذا لم يوفها واضطر الواهب إلى وفائها يرجع هذا عليه بما وفى . والتزام الواهب بوفاء الديون هو التزام نحو الواهب لا نحو أصحاب هذه الديون ، فليس لهؤلاء — مالم يكن الواهب قد اشترط لمصلحتهم — أن يجبروا الموهوب له أن يوفيهم هذه الديون ، وإنما يرجعون بديونهم على الواهب ، وهذا يرجع على الموهوب له كما قدمنا . ويجب ألا تزيد قيمة الديون التي تعهد الموهوب له بوفائها على قيمة المال الموهوب ، وألا يلتزم الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوى قيمة المال الموهوب من الديون (م ٤٩٨ مدنى) .

وقد يشترط الواهب على الموهوب له الوفاء بديون جدت بعد الهبة ، ولا بد من اتفاق خاص على ذلك ، ويجب ألا يكون مجموع الديون التي يتعهد الموهوب له بوفائها تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب كما سبق القول .

وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فالمفروض دون حاجة إلى اتفاق خاص أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض في الهبة ، فيكون الموهوب له ملتزماً نحو الواهب بوفاء هذا الدين ، مالم يشترط في عقد الهبة عدم التزامه به . والحق العيني الذى ينقل العين الموهوبة ضماناً

= مقيدة بشرط إيفاء ديون الواهب ، فلا يدخل تحت هذا الشرط إلا الديون التي عقدت قبل الهبة ، ما لم ينص على العكس . (والنص متفق فى الحكم مع الفقرة الأولى من نص التقنين المصرى ، أما الفقرة الثانية من هذا التقنين الأخير تتنق مع القراعد العامة) .

لدين قد يكون رهناً رسمياً أو حق اختصاص أو رهناً حيازياً أو حق امتياز . فإذا كان الدين المضمون بهذا الحق العينى ثابتاً فى ذمة الواهب ، أداه الموهوب له ، ولم يرجع على الواهب ما دام الدين لا يزيد على قيمة المال الموهوب . أما إذا كان الدين ثابتاً فى ذمة الغير ، وجب أيضاً على الموهوب له أن يؤديه ، ولكنه يرجع على المدين الأصلى بما وفاه عنه كما كان يرجع الواهب(١) .

وسواء افترض أن الموهوب له قد التزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العينى أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له فى عقد الهبة عدم التزامه بالدين ، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العينى يكون مسئولا عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية ، وللدائن حق التتبع بفضل حقه العينى فيتقاضى الدين من العين الموهوبة . ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلى إذا كان الدين فى ذمة الغير ، كما سبق القول . أما إذا كان الدين فى ذمة الواهب ، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به ، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن فى موقف المحال عليه ، ويبقى الواهب ملزماً هو أيضاً بالدين حتى يقر الدائن هذه الحوالة وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ مدنى . وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين ، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العينى الذى يثقل العين الموهوبة ، فإنه يرجع فى هذه الحالة على الواهب بما دفع .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد ورد ذكر كل ذلك فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(٢) .

---

(١) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٧٦ - والأستاذ أكثم الخولى ص ١٦٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١ .

المطلب الثانى

الالتزام بنفقات الهبـــة

١٢٣ – الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له : الأصل قياساً على البيع – أن تكون نفقات الهبة ، من مصروفات العقد وأتعاب المحامى ورسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسلم العين الموهوبة ونقلها ، على الموهوب له . وذلك تفسيراً للهبة فى أضيق حدودها ، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو نص المادة ٦٧٨ ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « نفقات الهبة على الموهوب له ، ويدخل فى ذلك مصروفات العقد ورسوم الدمغة والتسجيل وما يصرف فى تسلم الشىء الموهوب[١] وتسلمه ونقله ، وذلك مالم يوجد اتفاق مخالف » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة[٢] .

١٢٤ – ولكن يجوز بالاتفاق أن تكون هذه النفقات على الواهب : ولكن الغالب فى الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً أن يتحمل هذه النفقات حتى يصل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصاً من كل تكليف . فيجوز إذن الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد ، بل ومصروفات تسلم العين الموهوبة ، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة[٣] .

---

(١) كان هذا النص يقضى أيضاً ، كما ترى ، بجعل مصروفات التسليم على الموهوب له خلافاً للقواعد العامة . فلما حذف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، فتصبح هذه المصروفات على الواهب (انظر آنفاً فقرة ١٠٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ – انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ٦١٧ من التقنين المدنى العراقى (الأستاذ حسن الذنون فقرة [illegible]) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٩ .

الفرع الثانى

الرجوع فى الهبة

١٢٥ – ص الرجوع فى الهبة فى الفقه الإسلامى : سار التنقين المدنى الجديد على تقاليد التقنين المدنى السابق ، وهذه تقضى اتباعاً للمذهب الحنفى فى الفقه الإسلامى بجواز الرجوع فى الهبة إلا إذا قام مانع من الرجوع .

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامى فى جواز الرجوع فى الهبة ، فالمذهب الحنفى هو الذى يجيز الرجوع إلا لمانع . ولما كان هو المذهب الذى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد استبقاه التقنين الجديد .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجيزون الرجوع فى الهبة إلا فى حالة واحدة ، هى حالة هبة الوالد لولده[1] . وهى ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة[2] ، فيعتصر الأب – أى يأخذ قهراً – ما وهبه لولده . وتستند هذه المذاهب الثلاثة إلى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطى ولده » . فإذا وهب الوالد ولده ، ذكراً أو أنثى ، مالا ، فله أن يرجع فى هبته إذا رأى وجوب التسوية بين أولاده فى ماله ، فلا يؤثر أحدهم بهبة دون الآخرين . وفى مذهب مالك إذا وهبت الأم ولدها هبة ، فإن كان وقت الهبة كبيراً كان لها الاعتصار ، وإن كان صغيراً كان لها الاعتصار إن كان للصغير أب تجب

---

(١) وهناك رأى فى الفقه الإسلامى – يحكى عن أهل الظاهر وهو رواية عن أحمد بن حنبل – يقضى بأنه لا يجوز الرجوع فى الهبة أصلا ، ويشمل المنع من الرجوع هبة الوالد لولده . ويستدل أصحاب هذا الرأى بالحديث : « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » ، وبأن الهبة عقد تمليك منجز كالبيع فلا يجوز الرجوع فيها (المغنى ٥ ص ٦٠٨) .

(٢) انظر فى اعتصار الهبة فى مذهب مالك الخرشى ٧ ص ١١٣ – ص ١١٥ .

نفقته عليه . وفى مذهب الشافعى إن وهب الوالد للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع ، لأن الأب لا يتهم فى رجوعه فهو لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد . وكما يجوز الرجوع للأب والجد ، يجوز الرجوع للأم والجدة ، وقيل لا رجوع إلا للأب والأم فقط ، وقيل للأب فقط . وفى مذهب أحمد بن حنبل للأب الرجوع فيما وهب لولده ، وظاهر المذهب أن ليس للأم الرجوع .

وأما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع فى هبته كما سبق القول . ويستندون فى ذلك إلى حديثين عن النبي عليه السلام ، أحدهما يقول « الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها » ، والآخر يقول « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع » . ويؤيدون جواز الرجوع فى الهبة بأن الواهب إنما قصد من هبته غرضاً ، قد يكون صلة الرحم وقد يكون العوض المالى وقد يكون نيل الثواب وقد يكون التودد والمجاملة وقد يكون غير ذلك . فإذا ظهر أن غرضه قد تحقق ، كما فى صلة الرحم والعوض المالى ونيل الثواب ، لم يجز له الرجوع . ومن ثم لا يجوز الرجوع فى الهبة ما بين الزوجين والهبة لذى رحم محرم والهبة بعوض والصدقة . وفيما عدا ذلك يترك الأمر إليه ، فهو الذى يكشف عن ذلك بالرجوع فى الهبة إذا كان غرضه لم يتحقق ، وبعدم الرجوع إذا كان غرضه قد تحقق . وإنما ترك الأمر إليه وحده لأن الغرض الذى قصد إليه من الهبة أمر خفى لا نستطيع تبينه ، فكان له القول الفصل فى ذلك . ومن ثم جاز له الرجوع فى الهبة ، على ألا يتعارض مع حقه فى الرجوع حق آخر ، أى على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه[1] .

---

(١) جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٢ ص ٥٣ — ص ٥٤) : « المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، والمرجع فى ذلك إلى العرف والعادة الظاهرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه ، وإلى من دونه ليخدمه ، وإلى من يساويه ليعوضه . وبهذا يتبين —

= أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا ، بل لتمكن الخلل فى المقصود بالعقد على معنى أن المعروف كالشروط . ولا يقال إنما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة إظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك ، وهذا لأن العوض فى التجارات مشروط وفى التبرعات مقصود ، ومعنى إظهار الجود أيضاً مقصود ، فإنما تمكن الخلل فى بعض المقصود ، وذلك يكفى للفسخ . . وقد بينا الفرق بين هذا والأخوين والزوجين لحصول ما هو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ، ولهذا يحتاج إلى القضاء أو الرضاء فى الرجوع لأنه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث أن السبب تمكن الخلل فى المقصود ، فلا يتم إلا بقضاء أو رضاء » .

وجاء فى البدائع (جزء ٦ ص ١٢٨) : « حق الرجوع فى الهبة ثابت عندنا . . لأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب ، فإن الإنسان قد يهب من الأجنبى إحساناً له وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طمعاً فى المكافأة والمجازاة عرفا وعادة . . وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبى ، وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه . . كما فى البيع إذا وجد المشترى بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهى السلامة ، كذا هــذا » .

ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، فى معنى أن الرجوع فى الهبة موكول إلى الواهب لعذر يستقل هو بتقديره لأنه أمر خفى لا يمكن ضبطه ما يأتى : « إن الذى يعطى العطية فإنما يعطيها لمآرب شتى ، فقد يعطى مرضاة لوجه الله تعالى قصداً لثواب الآخرة ، وقد يعطى لأجل العوض المالى أو لمنفعة تعود عليه ، وقد يعطى لأجل صلة الرحم أو لأجل التودد والتحبب إلى الموهوب له أو لأجل المكافأة على جميل سابق أو لأجل الرشوة ، إلى غير ذلك من الأغراض ، والعرف المستمر أعظم شاهد بذلك . فإن كان للواهب غرض دنيوى من هبته ، فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه ، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت بدون انتظار عوض دنيوى . لكن ذلك أمر خفى لا يمكن ضبطه ، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى . فإذا طلب الرجوع فيما وهب ، علمنا أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى ، وإلا فلا . وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه ملكاً قلقاً لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى . وهذا نظر جيد جداً ، ولا منافاة بينه وبين القول بامتناع الرجوع فى الهبة عند وجود أحد الموانع السبعة ، لأن ذلك إما مبنى على أدلة أخرى وجحت على ما تقدم ، وإما لوجود قرينة تدل على طيبة نفسه بما أعطى بدون انتظار مكافأة عليه . هذا هو فقه المسألة » (التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢) .

المدنى الجديد على المذهب الحنفى كما قدمنا ، حتى لا يغير الأحكام التى استقرت فى عهد التقنين المدنى السابق ، ولكنه اشترط فى حق الرجوع بغير التراضى وجود عذر مقبول . فقرر أن الأصل جواز الرجوع فى الهبة بالتراضى ، شأن الهبة فى ذلك شأن أى عقد آخر . ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الواهب يجوز له أن يرجع فى الهبة دون رضاء الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع . ويترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، بما يستتبع ذلك من نتائج .

فنبحث إذن مسألتين : (١) متى يجوز الرجوع فى الهبة (٢) الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة .

المبحث الأول

متى يجوز الرجوع فى الهبة

١٢٧ — الرجوع بالتراضى أو بالتقاضى : يجوز للواهب كما قدمنا أن يرجع فى الهبة إما بالتراضى مع الموهوب له ، وإما بالتقاضى دون رضاء الموهوب له .

المطلب الأول

الرجوع فى الهبة بالتراضى

١٢٨ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأدمج فى لجنة المراجعة كفقرة أولى ، فى المادة ٥٢٨ د —

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة فى الفقه الإسلامى وهى التى كانت تسرى فى عهد التقنين السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٦٨ / ١ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٨٩ / ١ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأولى) — ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

= من المشروع النهائى، وأصبح مطابقاً . ووافق عليه مجلس النواب . واقترح فى لجنة مجلس الشيوخ حذف النصوص الخاصة بالرجوع فى الهبة ، فرفضت اللجنة هذا الاقتراح ، وجاء فى تقريرها فى هذا الصدد ما يأتى : « اقترح حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع فى الهبة ، مادامت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل ، فضلا عن أنها لا تسرى فى حق غير المصريين لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم فى خصوص الأحكام الموضوعية للهبة . ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، لأن نص المادة ١٦ مطلق ومقتضى إطلاقه إخراج الهبة بأسرها من نطاق القانون المدنى لا إخراج الرجوع فحسب . والحال فى الواقع غير ذلك ، ولا سيما من حيث الاختصاص القضائى ، فالمحاكم الأهلية هى التى تفصل فى جميع مسائل الهبة وفى الرجوع فيها ، بل وفى أهلية الواهب . وليس للهبة فى تصوير القانون المصرى من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها فى الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغربية . بل لقد اختلفت المحاكم فى جواز الرجوع فى الهبة فى مصر ، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استناداً إلى قواعد القانون المدنى ، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقاً لقواعد الشريعة ، وأيدت هذا الرأى أخيراً محكمة النقض ، وقد أراد المشروع أن يحسم الخلاف بنصوص واضحة . وترى اللجنة من ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الهبات فى المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عند تعديلها بمناسبة زوال المحاكم المختلطة . ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الهبة فى القانون المدنى لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب . فقد قنن المشروع قواعد الأهلية ولا يعنى ذلك تطبيقها على الأجانب ، لأن مرجع سريان الأحكام الموضوعية فى حق الأجانب هو قواعد الإسناد » . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص كما هو ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٠/١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٨/١ (مطابق) .

١٢٩ — التراضى على الرجوع فى الهبة هو إقالة من الهبة :
إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع ، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أى عقد آخر ، ولا تتميز الهبة فى ذلك عن سائر العقود .

غير أن الإقالة هنا ، بنص القانون (م ٥٠٣ مدنى) ، لها أثر رجعى ، فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سيأتى . ومن ثم تجب حماية الغير حسن النية ، وهو من كسب حقاً عينياً من الموهوب له على الموهوب قبل الإقالة ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة .

ويلاحظ أن التراضى يتم به الرجوع فى الهبة فى جميع الأحوال ، سواء كان هناك مانع من الرجوع فى الهبة أو لم يكن ، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد . وسنرى أن التقاضى ، بخلاف التراضى ، لا يتم به الرجوع فى الهبة إلا إذا لم يكن هناك مانع من الرجوع وكان عند الواهب عذر مقبول[1] .

= التقنين المدنى الليبى م ٤٨٩/١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأولى) : للواهب أن يرجع فى الهبة برضاء الموهوب له . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل . ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « إذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذراً مقبولا ، فإن القاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة ، بخلاف الفسخ بالتراضى فلا يحول بالبداهة دونه مانع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩١) .

المطلب الثانى
الرجوع فى الهبة بالتقاضى

١٣٠ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة فى الفقه الإسلامى ، وهى التى كانت تسرى فى عهد التقنين السابق[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٦٨ / ٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٨٩ / ٢ — وفى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأدمج فى لجنة المراجعة كفقرة ثانية فى المادة ٥٢٨ من المشروع النهائى ، وأصبح مطابقاً . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٠/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان القانون المدنى (السابق) لم يتعرض بتاتاً إلى أمر الرجوع فى الهبة ، وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ولا فيما أورده للالتزامات من أحكام عامة ، ما ينافى الرجوع فى الهبة ، كان لا مندوحة عن الرجوع فى هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية ، سافرة كانت الهبة أومستورة (نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠) . وقضت أيضاً بأن الرجوع فى الهبة خاضع فى ظل القانون المدنى القديم للشريعة الإسلامية ، وحكمها فى ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضى (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٠ ص ٥٢٢) . وانظر عكس ذلك وفى أن أحكام القانون الفرنسى هى التى تسرى فلا يجوز الرجوع فى الهبة : ميت غمر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٠٨ ص ٢٣ .

العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأخيرة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٥٢٧ [(١)] .

١٣١ — قيود الرجوع فى الهبة بغير التراضى : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن رجوع الواهب فى الهبة ليس أمراً تحكمياً يجرى على حسب إرادته المطلقة . فهو إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، وأراد أن يرجع بإرادته وحده ، يتقيد بقيود ثلاثة :

أولا — هناك هبات لازمة لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراضى ، وهذه هى الهبات التى يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ، وسيأتى ذكرها .

ثانياً — وفى الهبات غير اللازمة التى لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ، لا يجوز للواهب بغير التراضى أن يرجع فى الهبة بإرادته المنفردة إلا إذا كان عنده عذر مقبول للرجوع . وقد أورد المشرع أمثلة من الأعذار المقبولة سيأتى بيانها .

ثالثاً — وهذا العذر المقبول لا يترك إلى تقدير الواهب وحده ، بل يراقبه فيه القضاء . فإذا رأى القاضى أن العذر الذى يقدمه الواهب للرجوع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٤٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأخيرة) : فإن لم يرض (الموهوب له) كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

(ويقصر التقنين اللبنانى العذر المقبول فى الرجوع فى الهبة على عدم قيام الموهوب له أو على كفه عن القيام بالشروط أو التكاليف المفروضة عليه) .

فى هبته عذر مقبول ، أقره عليه وقضى بفسخ الهبة ، وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة . ومن هنا نرى أن الرجوع بالتقاضى فى الهبة هو فسخ قضائى لها بنا على طلب الواهب ، يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضى كما هو الأمر فى فسخ العقد بوجه عام .

وقد أراد التقنين المدنى الجديد أن يحدد من إطلاق المذهب الحنفى فى الرجوع فى الهبة . فالظاهر فى هذا المذهب أن الواهب هو الذى يستقل بتقدير العذر فى الرجوع دون رقابة عليه . ويكفى فى ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء ، إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء إلى طلبه[1] . فقيد التقنين المدنى من هذا الإطلاق بأن أوجب للرجوع فى الهبة عذرا مقبولا عدد أمثلة منه ، ولم يجعل الواهب يستقل بتقدير هذا العذر ، بل جعل القضاء رقيباً عليه فى ذلك : فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب[2] . وبذلك أكسب التقنين المدنى عقد الهبة قوة فى الإلزام لم تكن له على الظاهر من المذهب الحنفى[3] .

---

(١) انظر المبسوط للسرخسى ١٢ ص ٥٣ – ص ٥٤ – البدائع ٦ ص ١٢٨ – الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢ – وهى المراجع السابق الإشارة إليها فى فقرة ٥٥٨ فى الهامش .

وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٧٩ والأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٢٣ – فقرة ١٢٤ .

(٢) انظر ما دار فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٨ وانظر ما يلى فقرة ١٤٢ فى الهامش – وانظر محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨ .

(٣) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والرجوع فى الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية . فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضى أو بالتقاضى . وقد حدد المشروع هذه القاعدة تحديداً واضحاً ، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً ، بل يشترط فى الرجوع – إذا لم يرض الموهوب له – أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه . وأورد المشرع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية . وهناك =

وقد فرغنا من الكلام فى القيد الثالث من قيود الرجوع فى الهبة بغير التراضى ، وهو الفسخ القضائى بعد رفع الأمر إلى القاضى ليقضى بالفسخ إذا رأى أن هناك عذراً مقبولا . ويبقى أن نبحث القيدين الأولين ، فقد قدمنا أن الواهب لا يجوز له الرجوع فى الهبة بغير التراضى إلا إذا كانت الهبة غير لازمة بعدم قيام مانع من الرجوع ، وكان لديه عذر مقبول للرجوع فى الهبة .

= موانع للرجوع فى الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قننها قدرى باشا فى كتابه عن الأحوال الشخصية . ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة فى الإلزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو — وإن كان تبرعاً — ملزم للمتعاقدين كسائر العقود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) . وجاء فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية : « ويتبين من ذلك أن الرجوع فى الهبة ليس تحكمياً من جهة الواهب ، بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى فى ذلك مع الموهوب له . . ويعتبر هذا التراضى إقالة من الهبة . فإذا لم يكن هناك تراض ، فلا يجوز للواهب الرجوع إلا لعذر يقبله القاضى ، ويمتنع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول . فالهبة إذن لا تزال محتفظة بصفتها الملزمة إلى حد كبير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٠ — ص ٢٩١) .

على أن حق الرجوع فى الهبة — مقيداً بهذه القيود — يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدماً على النزول عنه ، وإنما يجوز له ، بعد قيام العذر فى الرجوع ، أن ينزل عن هذا الحق بعد وجوده . جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع ، فإن تنازله لا يعتبر ، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل : م ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢) . ونصت المادة ١/٥٣٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يجوز العدول مقدماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن بعد سنة واحدة تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر » .

وحكم الفقه الإسلامى فى هذه المسألة أنه يجوز للواهب الصلح عن حق الرجوع ، ويعتبر البدل فى هذه الحالة كعوض عن الهبة . ولا يجوز له إسقاط هذا الحق ، لأنه حق الشارع (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٣) .

انظر الأستاذ محمد كامل مرسى ٤ العقود المسماة ٢ فقرة ١٧١ — وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٨٣ والأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٤١ .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الهبات اللازمة أو قيام مانع من موانع الرجوع (٢) العذر المقبول للرجوع فى الهبة .

§ ١ — الهبات اللازمة

(موانع الرجوع فى الهبة)

١٣٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يرفض طلب الرجوع فى الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(ا) « إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع » .

(ب) « إذا مات أحد طرفى عقد الهبة » .

(ج) « إذا تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى » .

(د) « إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية » .

(هـ) « إذا كانت الهبة لذوى رحم محرم » .

(و) « إذا هلك الشيء الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع فى الباقى » .

(ز) « إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة » .

(ح) « إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق —

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة فى الفقه الحنفى وهى التى كانت تسرى فى عهد التقنين المدنى السابق[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٠ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩١ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٣٠/٢ و٣[٢] .

= مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة (ز) ، فقد جرت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا قدم الموهوب له بعد الهبة عوضاً قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب جاز الرجوع فى الباقى ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق فى الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض » ، وفيما عدا الفقرة (ح) ، فقد جرت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كانت الهبة صدقة » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة (ز) بجعل تقديم العوض مانعاً للرجوع فى الهبة سواء أكان العوض معاصراً للهبة أم لاحقاً لها ، عملا بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية ، وأصبح رقم المادة ٥٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو عملا من أعمال البر » إلى الفقرة (ح) حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر لأنها فى الواقع تشملها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٩ — ص ٢٩٠ وص ٢٩٢ — ص ٢٩٤) .

(١) انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ١٤٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٧٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٣ (موافقة فى أحكامها للتقنين المدنى المصرى ، وتزيد مانعاً هو أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٥٥ — فقرة ٦٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٣٠/٢و٣ : ولا ينتقل حق الواهب فى إقامة تلك الدعوى (دعوى إبطال الهبة للجحود) إلى ورثته إذا كان مقتدراً على إقامتها ولم يفعل . وكذلك =

١٣٣ — تقسيم موانع الرجوع إلى موانع قائمة وقت الهبة وموانع تطرأ بعدها : ويمكن تقسيم موانع الرجوع الثمانية التى عددتها المادة ٥٠٢ مدنى إلى قسمين رئيسيين .

(ا) موانع قائمة منذ صدور الهبة ، وترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظراً إلى طبيعة الهبة ذاتها . وهذا الغرض إما أن يكون عوضاً دنيوياً ، أو ثواباً أخروياً ، أو براً بين الزوجين ، أو صلة للأرحام . فإذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة ، أو كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر ، أو كانت من أحد الزوجين للآخر ، أو كانت لذوى رحم محرم ، فقد تحقق غرض الواهب ، ويتكشف ذلك فى وضوح من طبيعة الهبة ذاتها . ويترتب على ذلك أن الهبة فى هذه الأحوال الأربعة تكون هبة لازمة منذ صدورها ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها ولو لعذر ، ما لم يكن الرجوع بالتراضى بينه وبين الموهوب له .

(ب) موانع تطرأ بعد صدور الهبة ، فتحول دون الرجوع لقيام حق أقوى . وهذه الموانع إما أن ترجع إلى أحد المتعاقدين ، وإما أن ترجع إلى الشىء الموهوب . فالذى يرجع إلى أحد المتعاقدين هو أن يموت الواهب فلا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته ، أو يموت الموهوب له فيكون حق ورثته أقوى من حق الواهب فى الرجوع . والموانع التى ترجع إلى الشىء الموهوب هو أن يزيد زيادة متصلة أو يهلك أو يتصرف الموهوب له فيه ، فيقوى حق الموهوب له ويرجح على حق الواهب فى الرجوع .

= لا تصح إقامتها على وريث الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته . (ولم يذكر التقنين اللبنانى إلا هذا المانع – موت أحد طرفى عقد الهبة – من موانع الرجوع فى الهبة) .

ونبحث هذه الموانع مرتبة على هذا النحو .

١ — موانع قائمة منذ صدور الهبة

١٣٤ — الهبة بعوض : إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له . وقد يقدم الموهوب له العوض أو يلتزم بالشروط والتكاليف بعد صدور الهبة ، فتلزم الهبة من وقت تقديمه العوض أو التزامه بالشروط والتكاليف بعد أن كانت غير لازمة وقت صدورها[١] .

فإذا قدم الموهوب له للواهب عوضاً عن هبته وقبلها هذا ، سواء كان العوض مقدماً فى عقد الهبة ذاته أو بعد صدور هذا العقد ، امتنع على الواهب الرجوع فى الهبة لتحقق غرضه منها بأخذ البدل الذى ارتضاه عنها[٢] . ويستند الفقه الحنفى فى ذلك إلى حديث النبي عليه السلام : « الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها » . ولكن هذا الفقه يشترط فى

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يجعل المانع من الرجوع أن يقدم « الموهوب له بعد الهبة عوضاً قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب ، جاز الرجوع فى الباقى . وإذا استحق العوض كله أوبعضه ، عاد للواهب الحق فى الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض » . فعدل هذا النص فى لجنة المراجعة على نحو يجعل « تقديم العوض مانعاً للرجوع فى الهبة ، سواء أكان العوض معاصراً للهبة أم لاحقاً لها ، عملا بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٩٠ و ص ٢٩٣ — وانظر آنفاً فقرة ١٣٢ فى الهامش) .

وانظر فى العوض المتأخر عن العقد فى الفقه الحنفى البدائع ٦ ص ١٣٠ — ص ١٣٢ .

(٢) وتبقى أحكام النص المحذوف سارية لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامى . فإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع فى الباقى ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق فى الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض .

العوض شرائط الهبة من القبض والإفراز ، ولم يرد هذا الشرط فى التقنين المدنى . بل أطلق العوض فشمل العوض الذى يلتزم به الموهوب له ولو لم يقبضه الواهب ، وشمل أيضاً جميع الشروط والتكاليف التى يلتزم بها الموهوب له كما سبق القول . ويصح أن يكون العوض مقدماً من أجنبي ، ما دام الأجنبي قد قدمه عوضاً من هبة الواهب .

ولو وهب الموهوب له شيئاً للواهب ولم يذكر أن ما وهب له عوض عن هبته ، كان هبة مبتدأة ، ولكل منهما أن يرجع فى هبته[1] .

١٣٥ — الصدقة وأعمال البر : وقد تكون الهبة على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب فى الآخرة . فهذه هبة لازمة لا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضى ، لأن غرضه من الهبة وهو نيل الثواب قد تحقق بمجرد صدور الهبة ، فنال مقابلا أدبياً يعدل المقابل المادى الذى رأيناه فى العوض ، فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد يسقط الواهب حقه فى الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له ، بل لفائدة أدبية . وذلك بأن تكون الهبة صدقة ، فلا يجوز الرجوع فى الصدقة لأنها قربة لوجه الله تعالى ولو كانت لغنى : م ٥٢٩/٢ من قانون الأحوال الشخصية[2] » .

ويلحق بالصدقة أعمال البر فلا يجوز للواهب الرجوع فى هذه الأعمال ، إذ قد تحقق غرضه من الهبة بنيل الجزاء المعنوى الذى يبغيه . مثل ذلك أن يهب الواهب جمعية خيرية مالا لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك من أعمال البر . ففى هذه الحالة لا يجوز للواهب الرجوع

---

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٩

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢ .

فى هبته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد لم يذكر أعمال البر إلى جانب الصدقة ليمنع فيها الرجوع ، فأضيفت أعمال البر فى لجنة مجلس الشيوخ « حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، لأنها فى الوقع تشملها»(١) .

١٣٦ — الهبة بين الزوجين : والهبة بين الزوجين هبة لازمة منذ صدورها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير رضاء الموهوب له . ذلك أن الزوج إذا وهب زوجته ، أو وهبت الزوجة زوجها ، فإن الهبة فى هذه الحالة مقصود بها توثيق عرى الزوجية ما بين الزوجين ، وقد توثقت فعلا بالهبة ، فتحقق غرض الواهب ، ولم يعد يستطيع الرجوع وحده فى هبته بعد أن تحقق غرضه(٢) .

وحتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، يجب أن تصدر حال قيام الزوجية قبل الدخول أو بعده . فهبة الخطيب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها قبل قيام الزوجية يجوز الرجوع فيها وفقا للقواعد المقررة فى الرجوع ، وبخاصة إذا لم يتم الزواج كما سبق القول(٣) . وهبة الرجل لمطلقته أو المطلقة لمطلقها بعد انتهاء الزوجية يجوز أيضاً الرجوع فيها طبقا للقواعد المقررة . أما إذا وقعت الهبة وقت قيام الزوجية ، فإن الهبة لا يجوز الرجوع فيها كما قدمنا ، حتى لو كان الرجوع بعد انتهاء الزوجية بالطلاق أو بالموت(٤) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٤ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٢ فى الهامش .

(٢) ويلاحظ أن القانون الفرنسى على عكس ذلك ، فالهبة فيه لازمة فى الأصل ، فإذا وقعت بين الزوجين كانت غير لازمة .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٧ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص١٨٦ — ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩ — محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة —

١٣٧ — الهبة لذى رحم محرم : والهبة للمحارم هبة لازمة ، لأن غرض الواهب منها ، وهى صلة الرحم ، قد تحققت بصدور الهبة ذاتها : فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له . ويستند هذا الحكم إلى حديث عن النبى عليه السلام : « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، لم يرجع فيها » . ولا بد من اجتماع الوصفين للمنع من الرجوع : الرحم والمحرمية . فإذا وجد أحدهما دون الآخر ، لم يمتنع الرجوع . فإذا وهب لذى رحم غير محرم ، كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، جاز الرجوع . كذلك يجوز الرجوع إذا وهب لمحرم غير ذى رحم ، كأم الزوجة والأخت فى الرضاع (١) .

= ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٩ ص ٣٦٠ — محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يونيه سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ .

وهناك قول فى المذهب الحنفى يفرق بين هبة الزوج لزوجته وهبة الزوجة لزوجها . فالأولى لا يجوز للزوج الرجوع فيها أصلا . أما هبة الزوجة لزوجها ، فيجوز للزوجة الرجوع فيها إذا هى ادعت أن الزوج استكرهها على الهبة ، فدعوى الإكراه مسموعة من الزوجة لا من الزوج لاعتبار الظاهر ، إذ الظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته والزوجة لا تتمكن من إكراه زوجها (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٠) . ويبدو أن حكم هذه المسألة فى القانون المدنى يجب استخلاصه من القواعد العامة ، فلا يجوز فى الأصل للزوجة أن ترجع فى هبتها لزوجها ، ولكن لها أن تطعن فى الهبة بالإكراه الأدبى أو الشوكة والنفوذ من جانب زوجها . فإن أثبتت ماتدعيه ، ولها أن تثبت ذلك بجميع طرق الإثبات وتدخل البينة والقرائن ، كان لها أن تطلب إبطال الهبة للإكراه . ومن القرائن على الإكراه مركز الزوجة من زوجها ، وقيمة الشىء الموهوب ، والظروف التى صدرت فيها الهبة .

(١) وقد قدمنا ما قررته المذاهب الثلاثة غير المذهب الحنفى فى جواز اعتصار الوالد (انظر آنفاً فقرة ١٢٥) . وفى الفقه الحنفى يرجع الوالد فى هبته لولده بغير قضاء ولا رضاء عن طريق الإنفاق على نفسه من مال ولده عند الحاجة إلى ذلك ، لا من طريق الرجوع فى الهبة (المبسوط للسرخسى ١٢ ص ٥٤ — البدائع ٦ ص ١٢٨ — فتح القدير ٧ ص ١٣٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز رجوع الوالد فيما وهبه لابنه حتى بعد القبض ودون حاجة إلى تراض أو تقاض ، ولو كان الوالد قد نزل عن حقه فى الرجوع (٨ يناير سنة ١٩٢٤ =

(ب) موانع تطرأ بعد صدور الهبة

١٣٨ — موت أحد المتعاقدين : وقد تتم الهبة غير لازمة ويجوز الرجوع فيها لعذر مقبول ، ثم يطرأ على أحد العاقدين ما يمنع من الرجوع ، فتلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة . ويتحقق ذلك بموت الواهب أو بموت الموهوب له .

فإذا مات الواهب ، امتنع على ورثته الرجوع فى الهبة ، وذلك لأن حق الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، وهو وحده يقدر الاعتبارات التى يراها مبرراً لطلب الرجوع فى الهبة . فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، ويرجح حق الموهوب له فى هذه الحالة .

وإذا مات الموهوب له وانتقل الشىء الموهوب إلى ورثته ، لم يجز للواهب عند ذلك الرجوع فى الهبة وانتزاع الشىء الموهوب من ورثة الموهوب له . ذلك أن حق الورثة على الموهوب قد ثبت بالميراث واطمأنت الورثة إلى ذلك ، فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب فى الرجوع كان حقهم أقوى وحال دون الرجوع . وتقول الحنفية فى تبرير هذا الحكم إنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم فى حال حياته بسبب آخر ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل[1] .

١٣٩ — زيادة الموهوب زيادة متصلة : وتلزم الهبة ، بعد أن كانت غير لازمة يجوز الرجوع فيها ، إذا زاد الشىء الموهوب زيادة متصلة

= م ٣٦ ص ١١٧) ، ويغلب أن يكون ذلك أخذاً بالمذهب الحنفى من أن الوالد ينفق على نفسه من مال ولده عند الحاجة .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ .

موجبة لزيادة قيمته . وقد تكون الزيادة المتصلة متولدة من الموهوب كالزرع والنبات والكبر والسمن ، وقد تكون غير متولدة منه كالطمى والبناء والغراس . والزيادة فى الحالتين تمنع الرجوع وتجعل الهبة لازمة ، ما دامت تزيد فى قيمة الموهوب . وتقول الحنفية فى السبب فى منع الرجوع للزيادة المتصلة المتولدة إن من ملك شيئاً ملك نماءه تبعاً له لأن النماء ناشئ من ملكه ، فتكون الزيادة المتصلة المتولدة ملكاً خالصاً للموهوب له ليس للواهب فيها شيء . فيتعارض حقان : حق الموهوب له فى الزيادة وحق الواهب فى الرجوع . وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع ، فترجح عليه ، فيمتنع . وتقول فى الزيادة المتصلة غير المتولدة إن أخذ الواهب الأصل يضر بالموهوب له فيما بناه أو غرسه ، فيقوى حق الموهوب له على حق الواهب[1] . وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع ، كأن حصد الزرع أو أزيل البناء أو قلع الغرس ، عاد حق الواهب فى الرجوع ، لأنه إذا زال المانع رجع الممنوع .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة ، سواء كانت متولدة كنتاج المواشى أو غير متولدة كريع الدار أو كآلة وضعت فى الأرض الموهوبة ، فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع . ذلك أنه يستطيع الرجوع فى أصل الشيء الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له ، إذ الزيادة منفصلة يستطيع هذا أن يستبقيها ويرد الموهوب[2] . كذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب (م ٥١٦/٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) ، وذلك لأن عين الموهوب لم تزد فى ذاتها ، وإنما الزيادة فى قيمتها لأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات[3] .

---

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ .

(٢) غير أنه إذا كان ولد الدابة الموهوبة لا يستغنى عنها ، وجب ترك الدابة عند الموهوب له حتى يستغنى عنها ولدها .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٩٢ — —

١٤٠ — هلاك الشيء الموهوب : وإذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له أو باستعماله إياه ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته . ذلك أن الموهوب له لا يضمن الهلاك أو الاستهلاك ، لأن الهالك أو المستهلك ملكه . فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب ، جاز للواهب الرجوع في الباقي ، لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الباقي[1] .

ويلتحق بهلاك الشيء الموهوب تغيره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى ، بأن كان حنطة فطحنت دقيقاً ، أو دقيقاً فعجن خبزاً ، أو قطعة من ذهب فصيغت حلية ، أو لبنا فصنعه جبنا أو سمنا ، ذلك أن الشيء الموهوب قد زال بتغير صورته ، فأصبح الرجوع في الأصل متعذراً والموجود شيء آخر غير الموهوب[2] .

١٤١ — تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب : وإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائياً ، فزال عنه ملكه بأى سبب كان من الأسباب الناقلة للملك كالبيع والهبة ، أو الأسباب المسقطة للملك كالوقف ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب حق الرجوع . ذلك

= الأستاذ أحمد ابراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٦٣) . أما إذا نقل الموهوب له الشيء الموهوب من مكان إلى مكان فازدادت قيمته في المكان الثاني ، فإن حق الرجوع في الهبة يمتنع على القول الصحيح ، وذلك لما فيه من تفويت ما أنفق في نقل الشيء الموهوب (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٣ — وقارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٣٩) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢ .

(٢) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ — ص ٦٢ .

أن إخراج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وتمليكه لغيره أو إسقاطه إنما حصل بتسليط الواهب ، فلا يجوز لهذا أن ينقض ما تم من جهته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها[1] . وفى هذا الحكم أيضاً حماية للغير الذى انتقل الملك إليه من الموهوب له ، فيأمن أن يرجع الواهب عليه ويسترد العين منه إذا جاز له الرجوع فى هبته .

أما إذا كان التصرف غير نهائى ، بأن باع الموهوب له الشيء الموهوب مثلا ثم فسخ البيع أو أبطله فرجع الموهوب إلى ملك الموهوب له ، عاد للواهب حق الرجوع (م ٢/٥١٨ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

وكذلك إذا كان التصرف فى بعض الشيء الموهوب ، فإن حق الرجوع يبقى قائماً فى الباقى ، لانتفاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقى .

§ ٢ - العذر المقبول للرجوع فى الهبة

١٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة » :

(ا) « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه » .

(ب) « أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير » .

---

(١) الأستاذ أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ .

(ج) « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حى »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وكان الفقه الحنفى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة ، وليس فى هذا الفقه ما يتعارض مع الأحكام المقررة فى النص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٦٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٠ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢١ – ٦٢٢ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٤ و ٥٢٧/١ و ٥٢٨[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، والظاهر أنها حذفت عبارة « إخلالا خطيراً » التى كانت موجودة فى بند (٦) من المشروع التمهيدى ، اكتفاء بعبارة « جحودا كبيراً » الموجودة فى نفس البند ، وأصبح رقم المادة ٥٢٩ من المشروع النهائى ، ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن أحكام هذا النص مأخوذة من القانون الفرنسى ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية التى تقضى بالرجوع فى الهبة بالتراضى أو بقضاء القاضى . ولما قيل فى اللجنة إن الرجوع فى الهبة مطلق إلا فى الأحوال الممنوع فيها الرجوع ، رد على هذا الاعتراض بأن الرجوع فى الشريعة غير مطلق ، لأن من ضمن بواعث الرجوع فى الهبة فى مذهب المالكية إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه وهو حكم الفقرة (٦) من النص . وانتهت لجنة المجلس الشيوخ إلى الموافقة على النص ، أخذاً ببعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التى تحرم الرجوع فى الهبة إلا لعذر مقبول . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٦ – ص ٢٨٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢١ (تتفق أحكامها مع أحكام المادة ٥٠١ من التقنين المدنى =

١٤٣ — أعذار الرجوع فى الهبة غير مذكورة على سبيل الحصر :
ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأعذار التى ذكرها المشرع للرجوع فى الهبة ليست مذكورة على سبيل الحصر ، وإنما خصت بالذكر لأنها هى الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة ، وذلك لا يمنع من أن تقوم أعذار أخرى غير الأعذار المذكورة ، فإذا تقدم الواهب بأى عذر يرى أنه يبرر الرجوع فى الهبة ، وأقره القاضى على أن هذا العذر مقبول يبرر الرجوع ، فسخ القاضى الهبة لهذا العذر . والرجوع فى الهبة لعذر مقبول ليس فى الواقع من الأمر إلا فسخا قضائياً للهبة يترك لتقدير القاضى ، شأن كل فسخ

= المصرى ، وتزيد العذر الآتى : « أن يقصر الوهوب له فى القيام بما اشترط عليه فى العقد من التزامات بدون عذر مقبول » . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة . ويقتصر التقنين العراقى فى عذر الإخلال بالواجب ، على أن يكون الإخلال بالواجب نحو الواهب ، دون أن يذكر أقاربه . لكن الأستاذ حسن الذنون - فقرة ٥٠ - يرى أن الإخلال بالواجب نحو أقارب الموهوب له يصح أن يكون عذراً للرجوع فى الهبة ، لأن الأعذار ليست مذكورة فى النص على سبيل الحصر) .

م ٦٢٢ : إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق ، كان لورثته حق إبطال الهبة . (وهذا استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب ، ويبرر الرجوع هنا جحود الموهوب له ، وكذلك القياس على الميراث فالقاتل لا يرث المقتول) . انظر الأستاذ حسن الذنون نبذة ٤٩ — فقرة ٥٠ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٤ : كل هبة بين الأحياء يمنحها شخص ليس له ولد ولا عقب شرعى يصح الرجوع عنها : أولا — إذا رزق الواهب بعد الهبة أولاداً ولو بعد وفاته . ثانياً — إذا كان للواهب ولد ظنه ميتاً وقت الهبة ثم ظهر أنه لا يزال حياً .

م ١/٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

م ٥٢٨ : وتبطل الهبة أيضاً بناء على طلب الواهب : أولا — إذا ارتكب الموهوب له جنحة أو جناية على شخص الواهب أو على شرفه أو ماله . ثانياً — إذا ارتكب إخلالا هاماً بالواجبات التى يفرضها عليه القانون للواهب أو لعيلته .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، غير أن التقنين اللبنانى لم يذكر من بين الأعذار أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو لمن يجب عليه نفقته) .

قضائى . ويخلص من ذلك أن من بين الأعذار المقبولة للرجوع فى الهبة ، غير الأعذار التى ذكرها المشرع ، ألاّ يقوم الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف التى فرضتها عليه الهبة ، أو ألاّ يقدم العوض الذى التزم بتقديمه مقابلا للهبة[1] . فنى هذه الحالة وقد أصبحت الهبة عقداً ملزماً للجانبين ، وأخل الموهوب له بالتزامه ، يجوز للواهب أن يطلب فسخ الهبة من القضاء ، أى أن يطلب الرجوع فيها . ويكون للقاضى حق التقدير ، طبقاً للقواعد المقررة فى الفسخ القضائى .

وننتقل الآن إلى الأعذار المذكورة بالنص فى المادة ٥٠١ مدنى .

١٤٤ — جحود الموهوب له : لما كانت الهبة تبرعاً من الواهب للموهوب له ، فإن الجزاء الذى ينتظره الأول من الثانى هو الاعتراف بالجميل . فإذا جحد الموهوب له جميل الواهب ، لم يكن مستحقاً للهبة ، وكان الواهب معذوراً إذا هو أراد الرجوع فيها .

ومن الأعمال التى تكون جحوداً من الموهوب له أن يعتدى هذا على حياة الواهب[2] أو على حياة أحد من أقاربه[3] ، أو يسىء إلى الواهب أو

---

(١) انظر م ٥٢٧ /١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ١٤٢ فى الهامش) ، وتتكلم عن إبطال الهبة لا عن فسخها .

(٢) فإذا قتل الموهوب له الواهب بغير حق ، قام عذر الرجوع فى الهبة هو الجحود ، وقام فى الوقت ذاته مانع من الرجوع فى الهبة هو موت الواهب . وقد أورد التقنين العراقى فى هذه الحالة نصاً خاصاً ، فقال فى المادة ٦٢٢ منه : « إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق ، كان لورثته حق إبطال الهبة » (انظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش — وقارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ٥٤ وهو لا يرى حاجة لإيراد هذا النص) . ويبدو أن هذا الحل المعقول هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، فإنه إذا جاز الرجوع فى الهبة لمجرد شروع الموهوب له فى قتل الواهب ، فأولى أن يجوز الرجوع إذا تمت الجريمة .

(٣) ويجب التوسع فى تفسير لفظ (الأقارب » ، فيشمل الزوج والزوجة .

إلى أحد من أقاربه إساءة بالغة بسب أو قذف أو اعتداء على المال أو على العرض أو غير ذلك من ضروب الإساءة . ولا يشترط أن تكون الإساءة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائى ، فأية إساءة بالغة تكفى لتكون جحوداً من الموهوب له يبرر الرجوع فى الهبة . وعلى العكس من ذلك قد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر إساءة بالغة ، ولا تبرر الرجوع فى الهبة . مثل ذلك أن يتسبب الموهوب له فى جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه خطأ لا عمداً ، فالموهوب له فى هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب ، ومن ثم لا يكون عمله جحوداً . ويمكن القول أيضاً إن الموهوب له إذا جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه فى الدفاع المشروع عن نفسه ، لم يعتبر هذا العمل جحوداً منه ، إذ هو قد قصد الدفاع عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب[1] .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الذى صدر من الموهوب له يعد إساءة بالغة للواهب أو لأحد أقاربه ، ويقرر من هم الأقارب الذين إذا أساء إليهم الموهوب له ارتدت الإساءة إلى الواهب . فإذا استند فى ذلك إلى أسباب مسوغة ، واعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحوداً كبيراً ، جاز له الحكم بفسخ الهبة ، دون تعقيب على قضائه من محكمة النقض[2] .

---

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦٠٠ .

(٢) ولم يكن هناك محل لحصر الأعمال التى تنطوى على الجحود الكبير من جانب الموهوب له فى تقنين يجعل الأصل جواز الرجوع فى الهبة ، وهذا بخلاف التقنين الفرنسى الذى حصر هذه الأعمال لأن الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع فى الهبة : قارن مع ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٦٧ حيث ينتقد النص انتقادا شديداً لا مبرر له ، فالنص يضع معياراً مرناً بدلا من أن يضع قاعدة جامدة حتى يواجه بمرونته الحالات المتنوعة والظروف المختلفة . وهو بعد مأخوذ من المادة ٥٣٠ من التقنين المدنى الألمانى وتنص على ما يأتى : « يجوز نقض الهبة إذا أخل الموهوب —

١٤٥ — عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن النفقة على من تجب عليه نفقتهم : ومن الأعذار المقبولة للرجوع فى الهبة أن يصبح الواهب بعد الهبة لأى سبب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . فقد تسوء حالة الواهب المالية بعد الهبة ، إما لسبب لا يتصل بالهبة وإما لأن الهبة ذاتها قد كانت على غير ما توقع الواهب سبباً فى هذا الارتباك المالى . وليس من الضرورى أن يصبح الواهب فقيراً ، بل يكفى كما يقول النص أنه أصبح عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . ويكفى أيضاً ، دون أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه خاصة ، أن يصبح عاجزاً عن الوفاء بنفقة من تجب عليه نفقتهم من زوجة وأولاد وأقارب . فإذا وقع الواهب فى ضيق مالى على النحو الذى بيناه ، كان هذا عذراً مقبولا للرجوع فى الهبة . ولا يمنع الرجوع فى هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعداده أن ينفق على الواهب(1) أو أن يقدم له مساعدة مالية ،

= له إخلالا خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من ذويه ، بحيث يكون قد ارتكب جحوداً كبيراً » . انظر أيضاً فى انتقاد النص الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٣١ — ١٣٢ .

أما التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٥٥) فيقيد ، كما قدمنا ، معنى الجحود تقييداً ضيقاً ويحصره فى أعمال معينة . ثم هو أيضاً يذكر الأعذار التى تسوغ الرجوع فى الهبة على سبيل الحصر ، لا على سبيل التمثيل كما فعل التقنين المدنى المصرى .

ويجعل التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٥٧) دعوى الرجوع فى الهبة للجحود تتقادم بسنة واحدة من وقت وقوع العمل الصادر من الواهب . ولم ينقل التقنين المدنى المصرى هذا الحكم ، ومن ثم تخضع دعوى الرجوع فى الهبة فى مصر ، أيا كان العذر فى الرجوع ، للقواعد العامة ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام العذر . على أنه إذا مضى وقت طويل على قيام العذر للرجوع ولم يستعمل الواهب حقه ، فقد يستخلص من ذلك أن الواهب نزل ضمناً عن حقه فى الرجوع بعد قيام العذر ، والنزول عن حق الرجوع بعد قيام العذر جائز .

(١) أما فى التقنين الفرنسى (م ٩٥٥) فقبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع =

فإن للواهب حق الرجوع فى هبته لهذا العذر ، إلا إذا قبل من الموهوب له مساعدته المالية ونزل بذلك عن حقه فى الرجوع بعد أن قام العذر .

وقاضى الموضوع هنا أيضاً هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه الواهب يكفى عذراً للرجوع فى الهبة[1] .

١٤٦ — أن يرزق الواهب ولدا : والمفروض فى هذا العذر أن يكون الواهب وقت أن صدرت منه الهبة ليس له ولد ، ذكر أو أنثى . فهو قد وهب ماله مدفوعاً فى ذلك إلى أنه ليس له ولد يترك له هذا المال[2] وآثر الموهوب له على ورثته الآخرين . ويعدل هذا الوضع أن يظن الواهب وقت الهبة أن ليس له ولد ، كأن يكون له ولد ويظنه قد مات . ففى هاتين الحالتين ، إذا رزق الواهب ولداً بعد الهبة أو تبين أن الولد الذى ظنه قد مات لا يزال حياً ، يكون هذا عذراً مقبولا للرجوع فى الهبة . ذلك أن الدافع على الهبة قد انعدم ، والولد الذى رزقه الواهب أو ظهر حياً أولى بالمال الموهوب من الموهوب له متى تقدم الواهب إلى القاضى بهذا العذر يطلب فسخ الهبة .

= من الرجوع فى الهبة ، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة عليه فامتنع الموهوب له .

(١) قارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٣٣ — ولامبرر هنا أيضاً للانتقاد الشديد الذى يوجهه إلى النص ، إذ النص قد وضع معايير مرنة يسترشد بها القاضى ، فيجعل لكل حالة بخصوصها ما يلائمها من الحكم . ونظير ذلك ما نص عليه التقنين البولونى فى المادة ٣٦٤ منه .

(٢) وتنص المادة ٩٦١ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يقع فسخ الهبة حتى لوكان للواهب أو للواهبة وقت الهبة جنين لم يولد » . ويمكن سريان هذا الحكم فى مصر ما دام الواهب لا يعرف وقت الهبة بأمر الجنين ، فهو فى حالة الواهب الذى يعتقد أن ولده قد مات . فليست العبرة إذن بألا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، بل العبرة بأن يعتقد أن ليس له ولد . أما فى القانون الفرنسى ، فالهبة تنفسخ حتى لو كان الواهب وقت الهبة يعلم بأمر الجنين (بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١) .

ويخلص مما قدمناه أنه إذا كان للواهب ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولدا آخر بعد الهبة أو ظهر حيا وكان يظنه ميتا ، لم يكن هذا عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة . ذلك أنه وقت الهبة كان له ولد ، ومع ذلك وهب المال للموهوب له مؤثرا إياه على ولده ، فلا يحق له بعد ذلك الرجوع فى الهبة حتى لو زاد عدد أولاده[1] .

ولا يكفى أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة أو يظهر ولده بعد الهبة حيا بعد أن ظنه قد مات ، بل يجب أن الولد الذى رزقه أو ظهر حيا يبقى حيا إلى وقت الرجوع فى الهبة . فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب فى الهبة ، فقد زال العذر للرجوع وامتنع هذا الحق .

وهذا العذر كغيره من الأعذار لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها ، بل يجب رفع الأمر إلى القاضى ليحكم بفسخها . وليس للقاضى هنا سلطة تقديرية كالسلطة التى له فى الأعذار الأخرى ، فمتى ثبت له أن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة أو ظهر له ولد حى كان يظنه ميتا ، وطلب الواهب الرجوع فى الهبة ، وجب على القاضى أن يحكم بالفسخ[2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والمفروض فى ذلك أن الواهب لم يكن لديه ولد وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها ، أو كان له ولد ظنه ميتاً فوهب ثم ظهر الولد ، فرجع فى الهبة . أما إذا كان له ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولداً بعد ذلك ، فليس له الرجوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩١) .

(٢) وفى التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٦٠) لا حاجة إلى حكم بالفسخ ، بل تعتبر الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بحكم القانون . ويترتب على ذلك فرقان بين التقنين الفرنسى والتقنين المصرى : (أولا) أن الواهب إذا رزق الولد بعد موته (emfant posthume) ، أى أن الولد كان جنيناً ولم يولد إلا بعد موت الواهب ، كان هذا كافياً فى التقنين الفرنسى لأن الهبة فيه تنفسخ من تلقاء نفسها . ولا يبدو أن هذا يكفى فى التقنين المصرى ، لأن فسخ الهبة لا يكون إلا بحكم القاضى ، ولا يجوز لورثة الواهب أن يتقدموا بطلب الفسخ لأن حق الرجوع لا ينتقل إلى الورثة كما قدمنا . (ثانياً) أن موت الولد قبل الرجوع فى الهبة لا يمنع انفساخ الهبة فى التقنين الفرنسى ، ويمنع الرجوع فى الهبة فى التقنين المصرى كما سبق القول .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة

١٤٧ — فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الرجوع فى الهبة ، كما قدمنا ، تقايل إذا تم بالتراضى ، وفسخ إذا تم بالتقاضى . وسواء كان تقايلا أو فسخا ، فإن الآثار التى تترتب عليه تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير .

المطلب الأول

أثر الرجوع فى الهبة فيما بين المتعاقدين

١٤٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ « يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن » .

٢ — « ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضررية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشىء الموهوب » .

وتنص المادة ٥٠٤ على ما يأتى :

١ — « إذا استولى الواهب على الشىء الموهوب بغير التراضى أو التقاضى ، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشىء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال » .

٢ — « أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشىء فى يد

الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب أجنبى[1] » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، وكانت أحكام الفقه الحنفى هى التى تسرى فى عهد التقنين لأن هذه المسائل من الأحكام الموضوعية للهبة[2] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧١ — ٤٧٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٢ — ٤٩٣ — وفى التقنين

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٠٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى فى المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق » . وأضافت لجنة المراجعة إلى هذه العبارة كلمة « بعوض » ، وأقرت النص تحت رقم ٥٣١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٣ ، ولكن النص النهائى للمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى فى المشروع التمهيدى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦) .

م ٥٠٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٣٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٦ — ص ٢٩٨) .

(٢) وقد جاء فى المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا : « لا يصح الرجوع فى الهبة إلا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم . فإذا رجع الواهب بأحدهما ، كان رجوعه إبطالا لأثر العقد فى المستقبل وإعادة لملكه . فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلكت أو استهلكت ، ضمن قيمتها للموهوب له ، وإذا طلبها بعد القضاء ، ومنعها الموهوب له ، فهلكت فى يده ، ضمنها » .

والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الحنفى ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد .

المدنى العراقى م ٦٢٤ – ٦٢٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٥ – ٥٢٧ و ٥٢٩ – ٥٣٠[1] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٤٧١ – ٤٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٢ – ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٤ : ١ – إذا رجع الواهب فى هبته بالتراضى أو بالتقاضى ، كان رجوعه إبطالا لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة لملكه . ٢ – ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية . أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الموهوب . م ٦٢٥ : إذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصباً ، فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . أما إذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فهلك فى يده ، ضمنه .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يجعل أثر الرجوع فى الهبة غير رجعى ويبدأ من حين الرجوع ، جريا على أحكام الفقه الحنفى – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٦ – فقرة ٦٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٥ : عند الرجوع فى الهبة فى الحالة التى نصت عليها المادة السابقة (حالة أن يرزق الواهب ولدا) ، تعاد الأموال الموهوبة إلى الواهب . وإذا كان قد جرى التفرغ عنها ، فيعاد إليه ما يساوى قيمة الكسب المتحقق إذ ذاك للموهوب له . أما إذا كانت الأموال الموهوبة مرهونة . فللواهب أن يفك رهنها بدفع المبلغ الذى رهنت لتأمينه ، وإنما يبقى له حق الرجوع فى هذا المبلغ على الموهوب له .

م ٥٢٦ : إن الحق فى إقامة دعوى الرجوع عن الهبة لظهور أولاد بعدها يسقط بحكم مرور الزمن بعد خمس سنوات تبتدئ من تاريخ ولادة الولد الأخير ، أو من التاريخ الذى عرف فيه الواهب أن ابنه الذى حسبه ميتاً مازال حياً ، وليس بجائز العدول عن حق إقامة تلك الدعوى ، فهو ينتقل بوفاة الواهب إلى أولاده وأعقابه .

م ٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه . وتطبق فى إعادة الأموال إلى الواهب القواعد المنصوص عليها فى المادة ٥٢٥ المتقدم ذكرها .

م ٥٢٩ : عند الرجوع عن الهبة بسبب ظهور أولاد أو بسبب الجحود أو عند تخفيض =

١٤٩ - اعتبار الهبة كأنه لم تكن : إذا رجع الواهب فى الهبة ، سواء كان رجوعه بالتراضى أو بالتقاضى على النحو الذى قدمناه ، فإن الهبة تفسخ . وإذا كان للفسخ أثر رجعى فيما بين المتعاقدين . فإن الهبة تعتبر كأن لم تكن (م ٥٠٣/١ مدنى) .

ولكن حتى تفسخ الهبة ، يجب التقايل منها بالتراضى على الرجوع ، أو صدور حكم قضائى بفسخها لعذر مقبول كما سبق القول . وقبل التراضى أو التقاضى تكون الهبة قائمة ، ولا يستطيع الواهب أن يمتنع عن تسليم الشىء الموهوب إذا كان لم يسلمه ، ولا يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه[1] . فإذا استرده بعد أن سلمه ، بغير التراضى أو التقاضى ، كان غاصباً وكانت يده يد ضمان . ويترتب على ذلك أن الشىء إذا هلك فى يده بعد استرداده ، سواء كان قد استهلك الشىء بالاستعمال أو هلك الشىء بفعله أو هلك بسبب أجنبى ، كان ضامنا ، ووجب عليه أن يدفع للموهوب له قيمة الشىء وقت الهلاك (م ٥٠٤/١ مدنى) . ذلك أن الشىء لايزال مملوكاً للموهوب له ، وقد هلك فى يد غاصب ، فتجب القيمة وقت هلاكه . بل إن الواهب فى هذه الحالة لا يستطيع

= الهبة لكونها فاحشة ، لا يعيد الموهوب له الثمار إلا ابتداء من يوم إقامة الدعوى . أما إذا كان الرجوع لعدم القيام بالتكاليف أو بالشروط ، فيجب على الموهوب له أن يرجع مع المال الثمار التى جناها مذ كف عن القيام بتلك التكاليف أو الشروط أو منذ أصبح فى حالة التأخر لعدم تنفيذها .

م ٥٢٠ : لا يجوز العدول مقدماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن بعد سنة واحدة تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر ، ولا ينتقل حق الواهب فى إقامة تلك الدعوى إلى ورثته إذا كان مقتدراً على إقامتها ولم يفعل . وكذلك لا تصح إقامتها على وريث الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته .

(وأحكام التقنين اللبنانى مقتبسة فى مجموعها من أحكام التقنين المدنى الفرنسى)

(١) كذلك لا يجوز للواهب التصرف فى الشىء الموهوب قبل التراضى أو التقاضى (طما الجزئية ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٢ ص ١٢٦)

أن يدرأ مسئوليته عن الهلاك برجوعه فى الهبة إذا قام عنده عذر مقبول ، ذلك أن الرجوع فى الهبة يمتنع على الواهب إذا هلك الشيء كما قدمنا .

١٥٠ — رد الموهوب إلى الواهب : أما إذا تم الرجوع فى الهبة بالتراضى أو التقاضى ، فإن الهبة تفسخ كما قدمنا وتعتبر كأن لم تكن ، ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه ، ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إذا كان قد سلمه .

وإذا هلك الشيء فى يد الموهوب له بعد أن تم الرجوع فى الهبة ، فإن هلك بفعل الموهوب له أو باستهلاكه إياه كان ضامنا لهذا الهلاك ، ووجب عليه تعويض الواهب . أما إذا هلك بسبب أجنبى ، فإن الهلاك يكون على الواهب ، مالم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الشيء بعد الإعذار فالهلاك فى هذه الحالة يكون على الموهوب له (م ٢/٥٠٤ مدنى) . وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

١٥١ — رجوع الواهب بالثمرات : أما ثمرات الشيء الموهوب فتبقى ملكاً للموهوب له إلى يوم التراضى أو التقاضى . فإلى هذا اليوم يعتبر الموهوب له حسن النية ، إذ هو يجنى ثمرات ملكه ، فلا يكون مسئولا عن ردها إلى الواهب .

أما من يوم التراضى على الرجوع ، أو من يوم رفع دعوى الرجوع لعذر مقبول ، فإن الموهوب له يصبح سيئ النية فلا يملك الثمرات . ومن ثم يجب عليه ردها إلى الواهب من ذلك الوقت (م٢/٥٠٣ مدنى) .

١٥٢ — رجوع الموهوب له بالمصروفات : ومن جهة أخرى يرجع الموهوب له على الواهب بما أنفقه من المصروفات على الشيء الموهوب بالتفصيل الآتى :

إذا كانت المصرفات ضرورية ، رجع بها كلها على الواهب (م٥٠٣/٢ مدنى) .

وإذا كانت المصروفات نافعة ، رجع على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التى أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات (م ٥٠٣/٢ مدنى) .

وإذا كانت المصروفات كمالية ، لم يرجع بشيء على الواهب . ولكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وذلك ما لم يختر الواهب أن يستبقى هذه المنشآت بدفع قيمتها مستحقة الإزالة . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى قررتها المادة ٣/٩٨٠ مدنى إذ تقول : « فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

ويبدو أن الواهب إذا ألزم برد المصروفات للموهوب له على التفصيل الذى قدمناه ، يستطيع أن ينتفع بالأحكام المقررة فى المادة ٩٨٢ مدنى ، فيطلب أن يكون الوفاء بهذه المصروفات على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وتقول المادة ٩٨٢ مدنى فى هذا الصدد : « يجوز للقاضى بنا على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط ، مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

المطلب الثانى

أثر الرجوع فى الهبة بالنسبة إلى الغير

١٥٣ – ليس للرجوع أثر رجعى : يمكن القول بوجه عام إن الرجوع فى الهبة ، سواء تم بالتراضى أو بالتقاضى ، ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى الغير ، بل تجب حماية حقوق الغير حسن النية وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، إذ كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٠٣ مدنى (م ١/٦٨٧ من المشروع) تجرى على الوجه الآتى : « يترتب على الرجوع فى الهبة ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق » . ولكن العبارة الأخيرة من النص حذفت ، ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص(١) .

ولكن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن ، فيمكن إعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التى تسرى على الهبة بوجه خاص(٢) .

ومن ثم يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف فى الشىء الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية ، أو كان قد رتب على الشىء الموهوب حقاً عينياً كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٥ – ص ٢٩٦ – وانظر آنفاً فقرة ٦٢١ فى الهامش .

(٢) ولعل وجوب مراعاة هذه القواعد هو الذى أدى إلى حذف العبارة (قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٨٠) .

١٥٤ — تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا نهائيا : قدمنا أنه إذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقطة لها ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع . ويستوى فى ذلك العقار والمنقول(١) . ويمتنع الرجوع ، سواء عن طريق الفسخ بالتقاضى أو عن طريق التقايل بالتراضى . ولا يقال فى هذه الحالة إن الرجوع فى الهبة ليس له أثر رجعى ، بل الأصح أن يقال إن الرجوع فى الهبة ممتنع أصلا .

وإذا امتنع على الواهب الرجوع فى الهبة ، فإنه لا يستطيع ، حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع ، أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشىء الموهوب(٢) .

١٥٥ — ترتيب الموهوب له على الشىء الموهوب حقا عينيا : وقد لا يتصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفاً نهائياً ، بل يقتصر على ترتيب حق عينى كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويجب فى هذه الحالة ، وقد انعدم النص ، تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأنه إذا كان الشىء الموهوب عقاراً ، وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع فى الهبة أو بعد تسجيل التراضى على الرجوع فى الهبة ، فإن حق الغير فى هذه الحالة لا يسرى

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٤ .

(٢) وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فإنه يقضى فى الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ منه ، إذا كان الرجوع فى الهبة للجحود وكان الموهوب له قد تصرف فى الشىء الموهوب ، بأن يرد الموهوب له للواهب قيمة الشىء الموهوب وقت رفع دعوى الرجوع . أما إذا كان الرجوع بسبب أن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة ، فإن الهبة فى التقنين المدنى الفرنسى تنفسخ من تلقاء نفسها كما قدمنا ، ويكون لا نفساخها أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير (م ٩٦٣ مدنى فرنسى) .

بالنسبة إلى الواهب ، ويسترد الواهب العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير ، ويرجع الغير على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة . أما إذا كان حق الغير قد ترتب وحفظ قانوناً قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضي على الرجوع ، فإن كان الغير حسن النية ، أي لا يعلم قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ، ولم يستطع هذا أن يسترد العقار الموهوب إلا مثقلا بالحق العيني المترتب للغير . ولا يرجع الواهب بتعويض عن هذا الحق على الموهوب له .

وإذ كان الغير سيئ النية ، أي يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ، فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب . واسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير ، ورجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة .

وإذا كان الشيء الموهوب منقولا ، ورجع الواهب في الهبة بالتراضي مع الموهوب له ، فإن الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر في حقوق الغير ، ولا يسترد الواهب المنقول الموهوب إلا مثقلا بهذه الحقوق . أما إذا كان الرجوع بالتقاضي ، فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعي حتى بالنسبة إلى الغير ، فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير . وهذا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية ، بأن كان له حق انتفاع أو حق رهن حيازة مثلا وحاز المنقول لينتفع به أو ليرتهنه وهو حسن النية ، ففي هذه الحالة تكون الحيازة في المنقول سنداً لحق الغير ، ولا يستطيع الواهب أن يسترد المنقول إلا مثقلا بهذا الحق .

الباب الثانى

عقد الشركة



(*)

مقدمة

§ ١ – تعريف عقد الشركة ومقوماته وخصائصه

١٥٦ – تعريف عقد الشركة – نص قانوني : تنص المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة »(١) .

(*) مراجع فى عقد الشركة : بودرى وڤال فى الشركة والقرض والوديعة طبعة ثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبرى ورو وبارتان وإسمان ٦ طبعة سادسة سنة ١٩٥١ – بيدان ١٢ طبعة ثانية سنة ١٩٤٧ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ – هيمار (Hémard) فى بطلان الشركات الواقعية طبعة ثانية سنة ١٩١٦ – اسكارا (Escarra) فى القانون التجارى سنة ١٩٥٤ – ريبير فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥١ –ليون كان ورينو (Lyon-Caen et Renault) فى القانون التجارى طبعة خامسة جزء ٢ فى الشركات – فورنييه وبلانشيه (Fournier et Blancher) ، فى النظام القانونى والضرائبى للشركات المدنية سنة ١٩٥٣ – أندريه مورو (André Moreau) فى الشركات المدنية ونظمها القانونية والضرائبية سنة ١٩٥٤ – بيتروسكا (Petrusca) فى الشركات المدنية فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٣١ – بلانيول وريبير وبولانچيه الطبعة الثالثة جزء ٢ – كولان وكاپيتان ودلامورانديير الطبعة التاسعة جزء ٢ – چوسران الطبعة الثانية جزء ٢ – انسيكلوپيدى داللوز جزء ٥ لفظ (Société civile) .

الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ – الأستاذ حسن على الذنون فى العقود المسماة بغداد سنة ١٩٥٤ .

ونحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم عندما نشير فيما يلى إلى أحد هذه المراجع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى وردت فيه عبارة =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١٩ / ٥١١[1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٣ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٤[2] .

= « مشروع اقتصادى» بدلا من عبارة « مشروع مالى » — ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٥٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « مشروع اقتصادى» بعبارة « مشروع مالى » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠١ وص ٣٠٣) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٥١١/٤١٩ : الشركة عقد بين اثنين أو أكثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصة فى رأس المال لأجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الأرباح التى تنشأ عنه بينهم .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الموازنة بين هذا التعريف للشركة والتعريف الوارد فى المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الجديد ما يأتى : « يتميز هذا التعريف (تعريف التقنين الجديد) عن تعريف التقنين المصرى (السابق) بأنه يبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية . فيذكر أنها تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادى . وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التى يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التى لا شأن لها بالكسب المادى . على أنه لما كانت بعض الجمعيات ، دون أن تقوم بعمليات صناعية أو تجارية ودون أن توزع أرباحاً بين أعضائها ، تسعى إلى تحقيق غرض اقتصادى ، كالجمعية الزراعية الملكية واتحاد الصناعات . . فإن المشروع يبين فى التعريف السابق أن الغرض من الشركة هو استغلال رأس المال للحصول على ما يدره من الأرباح وتوزيعها بين الشركاء . والواقع أن الفقه والقضاء جريا على أن توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسى من قيام الشركة . كما أضاف المشروع عبارة « اقتسام الخسائر المحتملة » لأن النية فى الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة واقتسام الخسائر التى قد تنتج عن العمل المشترك هى من صلب عقد الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٤ (موافق ، وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادى» بدلا من عبارة « مشروع مالى » ، ولم يذكر اقتسام الخسائر) .

=

ويمكن استخلاص مقومات الشركة من هذا التعريف . فالشركة : (١) عقد ومن ثم يستلزم اشتراك شخصين أو أكثر . (٢) يساهم فيه كل من الشركاء بحصة فى رأس مال الشركة . (٣) بنية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة . (٤) ومع مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر .

١٥٧ — الشركة عقد : فالشركة عقد مسمى . ويقتضى كونها عقداً أن تكون لها أركان العقد المعتادة : التراضى والمحل والسبب ، وسيأتى بيان ذلك .

ولا بد من أن يشترك أكثر من شخص واحد فى الشركة ، شأنها فى ذلك شأن أى عقد آخر . إلا أن الشركة تختلف عن العقود الأخرى ، كالبيع والإيجار ، فى أن أطراف العقد فيها ، وهم الشركاء ، مصالحهم بعد تكوين الشركة متحدة غير متعارضة . ومن ثم قسمت العقود إلى عقد ذاتى (contrat Subjectif) واتفاق منظم (convention institutionelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما . مثل ذلك عقد البيع ، نرى فيه تعارضاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى ، والرابطة بين المتعاقدين ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى . أما الاتفاق المنظم ، كالشركة ،

= التقنين المدنى العراقى م ٦٢٦ (موافق وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادى » بدلا من عبارة « مشروع مالى » — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٣ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٤ : الشركة عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو عدة أشخاص فى شيء بقصد أن يقتسموا ما ينتج عنه من الربح .

(والتعريف فى مجموعه موافق لتعريف التقنين المصرى) .

فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظماً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . ولا تعارض ما بين مصالح الشركاء فى الشركة ، بل لهم جميعاً غرض مشترك .

على أن التميز بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، وقد يجاوز أثر هذه الرابطة غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة . كذلك الوكالة ، وهى عقد ذاتى ، يجاوز أثرها هى أيضاً المتعاقدين إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل . ومن جهة أخرى نرى الشركاء فى الشركة ، وهى اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة عند تكوين الشركة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتى واتفاق منظم وجعل الشركة اتفاقاً منظماً لا عقداً ذاتياً ، وهو تقسيم ابتدعه ديجيه فى الفقه الإدارى ، لم يسد فى الفقه المدنى[١] .

على أنه من الممكن القول إن الشركة فى مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود فى خصائصها . ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتى ، لا سيا بعد أن تضفى الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم[٢] .

١٥٨ — مساهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة : ولا بد أن يساهم كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة ، وهذه الحصة هى التى تحدد

---

(١) الوسيط الجزء الأول ص ١٦٨ هامش رقم ١ .

(٢) انظر ريبير فى القانون التجارى فقرة ٥٨٣ وما بعدها . أوبرى ورو وإسمان ٦ ص ٧ هامش رقم ١ .

عادة نصيبه فى أرباح الشركة وفى خسائرها . وهذا لا يمنع ، بعد تحديد حصة الشريك فى رأس المال ، من أن يتبرع له سائر الشركاء بهذه الحصة فيعفونه من الوفاء بها ، وتتضمن الشركة فى هذه الحالة هبة مكشوفة أو مستورة على حسب الأحوال ، وسيأتى بيان ذلك . أما الشركة التى لا يحدد فيها لكل شريك حصته من رأس المال ، سواء التزم الشريك بالوفاء بها كما يقع عادة أو تبرع له بها سائر الشركاء كما يقع نادراً ، فإنها تكون شركة باطلة .

والحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملا أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو ديناً فى ذمة الغير ، وكل ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصلح أن يكون حصة فى الشركة ، وسيأتى بيان ذلك تفصيلا . وبديهى أنه ليس من الضرورى أن تكون حصص الشركاء متساوية فى القيمة ، أو متجانسة فى النوع . وتضم حصص الشركاء بعضها إلى بعض ، فيتكون من مجموعها رأس مال الشركة (le capital social) ، ورأس المال هذا يقوم بذاته مستقلا عن أموال كل شريك ، وهو الذى يستثمر لتوزيع أرباحه أو خسائره على الشركاء .

١٥٩ – نية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة :

وهذا عنصر نفسى من مقومات الشركة . فلا يكفى لقيام شركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدد من الأشخاص يستغلونه جميعاً بحسب طبيعته ، فالشيوع يتحقق فيه هذا الوصف وليس بشركة[١] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٢ – وتنص المادة ٤٩٥ من التقنين المدنى الليبى على ما يأتى : « المشاركة التى تتكون أو يحتفظ بها لمجرد الانتفاع بشىء أو أكثر تنظمها أحكام المادة ٨٢٥ وما يليها من هذا القانون » (أى أحكام الحائط المشترك) .

وليس الفرق ما بين الشركة والشيوع ، كما كان يقال ، أن الشركة عقد والشيوع غير عقد ، فالشيوع قد يكون مصدره العقد كالشركة . ولكن الشيوع ، سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك ، مال مشترك لشركاء فى الشيوع يستغلونه بحسب طبيعته . فإن كان داراً أو أرضاً سكنوها أو زرعوها أو أجروها ، وإن كان نقوداً أو أوراقاً مالية استولوا على فوائدها ، وإن كان منقولا أجروه أو انتفعوا به بحسب طبيعته . أما الشركة فلا بد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة ، يأملون من ورائه الربح ولكن قد يعود عليهم بالخسارة ، ولا يقتصرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هى الحال فى الشيوع[١] . ونية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة هى التى يطلق عليها عبارة (affectio societatis) أى نية تكوين شركة ، أو إرادة كل شريك فى أن يتعاون مع الشركاء الآخرين فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة .

ووجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذى اشتركوا فيه ، وهو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع[٢] .

١٦٠ — مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر : ويستتبع وجود نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة يعود على الشركاء بالربح أو بالخسارة ، أن يساهم كل شريك فى تبعة هذا النشاط ، فيتقاسم الشركاء الأرباح ، ويوزعون فيما بينهم الخسائر . فإذا أعفى أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح ، أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحمله للخسائر ، كانت الشركة شركة الأسد (société léonine) ، وكانت باطلة . وفى هذا تقول

---

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨١ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ .

(٢) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٢٣٧ وهامش رقم ٣ .

الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ مدنى ، « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا » ، وسيأتى تفصيل ذلك . كذلك إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم لا فى الأرباح ولا فى الخسائر ، بل يقتصر على استرداد حصته بعد انقضاء الشركة ، فإن هذا لا يكون شريكاً ، بل يكون قد قدم مالا للشركة على سبيل القرض دون فائدة أو على سبيل العارية تبعاً لطبيعة هذا المال(١) .

وهذه المساهمة فى الأرباح وفى الخسائر هى التى تخرج من يقدم مالا لتاجر ، على أن يشترك معه فى الربح دون الخسارة ، عن أن يكون شريكاً . وإنما يكون مقرضا ، أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض فلا تزيد الفوائد فى أية حال على ٧٪(٢) .

(١) وإذا اتفق شخصان أو أكثر على تكوين رأس مال يساهمون فيه ، على أن يستأثر كل منهم بدوره بالانتفاع برأس المال مدة معينة ، فالعقد ليس بشركة ، إذ لا مساهمة فى أرباح أو فى خسائر (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٢ – ص ١٣ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٠ – وهـذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل prêt à crédit différé انظر ما يلى فقرة ٢٧١) – وإذا تألفت هيئة من المؤلفين الموسيقيين بغرض الحصول على حق كل عضو فيها قبل الغير عن أعماله الموسيقية مع خصم جزء لقاء النفقات ، فإن هذه الهيئة لا تكون شركة وإن أسمت نفسها بذلك ، لأنها لم تجمع حصصاً من الشركاء بغرض تقسيم الربح والخسارة عليهم ، بل هى وكيلة عن أعضائها فى الحصول على حقوقهم . وقد أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على هذه الهيئة الشخصية المعنوية ، فنعتها من أن تتقاضى باسمها ، وإنما يتقاضى الوكيل العام للهيئة بصفته وكيلا عن كل مؤلف موسيقى بالذات (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٤) . وكان من الممكن أن يكون للهيئة شخصية معنوية ، لا باعتبارها شركة بل باعتبارها جمعية .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رسا على مقاول مزاد إنشاء بناء ، وتعاقد معه آخر بعقد وصف بأنه شركة ، وكان من شروطه أن يصرف ذلك الآخر على العملية من ماله ، وأن يسترد جميع ما صرفه سالماً مهما كانت نتيجة العملية ، ويستولى على ربح محقق يقدر بفائدة مئوية بالنسبة إلى قيمة مرسى المزاد بصرف النظر عما يصرفه فعلا ، وقام المقاول بمباشرة العمل ، كان هذا العقد فى حقيقته مخفياً لقرض وليس بشركة . ولا يغير من هذه الحقيقة احتفاظ =

وهذه المساهمة أيضاً هى التى تخرج العمال، الذين يتقاضون فوق أجورهم نصيباً من أرباح المصنع الذى يعملون فيه ، عن أن يكونوا شركاء لصاحب المصنع ، فهم يشاركونه فى الربح ولا يتحملون معه الخسارة . والنصيب من أرباح المصنع الذى يمنح للعامل يعتبر جزءاً من أجرته ، فلا يخرج العامل عن أن يكون أجيراً تسرى عليه أحكام عقد العمل . فيجوز فصله ، ويستحق التعويض المقرر ، ولايشارك فى إدارة المصنع ، ولا يطلب حساباً عن هذه الإدارة ، ولا يكون مسئولا عن ديون المصنع(١) .

وليس من الضرورى أن تكون أرباح الشركة نقوداً ، بل يصح أن تكون مالا من نوع آخر . فقد تتكون شركة وتستغل رأس مالها فى بناء عمارات ذات طبقات ، تخصص لكل شريك طبقة يسكنها . وقد تتكون شركة وتجعل

= المقرض بحق شراء المهمات والإشراف على أبواب الإنفاق ، وذلك بوساطة مندوب يتحمل المقاول مرتبه (استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٤٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حصة الشريك عيناً نقل ملكيتها إلى الشركة مقابل مبلغ معين يستولى عليه عند تصفية الشركة ويستولى على فوائده ما دامت الشركة باقية دون أن يشارك فى الخسارة ، فالعقد ليس بشركة والشريك ليس إلا بائعاً للعين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤) .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٦٨١ ص ٢٣٦ – وقد نصت المادة ٨٤٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « إن إشراك المستخدمين أو ممثلى الأشخاص المعنويين أو الشركات فى جزء من الأرباح كأجر كلى أو جزئى يعطى لهم لما يقومون به من الخدمات لا يكفى لمنحهم صفة الشريك » – انظر أيضاً استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٥ – ٢٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٢

وإذا خصصت شركة سجاير عمولة لشخص لتوزيع سجايرها ، فاستخدم هذا الشخص شخصاً آخر لتوزيع هذه السجاير فى أحد الأقاليم مقابل جزء من العمولة ، لم يكن العقد بين هذين الشخصين شركة (أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٥٥ ص ١١٢) . وإذا استخدم شخص آخر فى تقسيم أرضه وبيعها مقسمة فى نظير نسبة معينة من الثمن ، لم يكن هذا العقد شركة ، بل هو عقد مقاولة (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

رأس مالها آلات زراعية ، ينتفع بها كل من الشركاء على نظام تحدده الشركة . بل قد يكون الربح هو مجرد توقى خسارة مادية محتملة ، كما إذا تأسست شركة من حاملى سندات شركة أخرى بقصد الدفاع عن مصالح حاملى هذه السندات والحيلولة دون هبوط أسعار السندات[١] .

١٦١ — خصائص عقد الشركة : وعقد الشركة عقد شكلى (solennel)، وهو من العقود الملزمة للجانبين (synallagmatique) ، ومن عقود المعاوضة (à titre onéreux) ، ومن العقود المحددة (commutatif) .

فالشركة عقد شكلى ، لأنها لا تنعقد إلا بالكتابة ، وتقول المادة ٥٠٧ فى هذا الصدد : « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً ، وإلا كان باطلا » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى شكل الشركة .

وهى عقد من العقود الملزمة لجميع أطرافها . فكل شريك يلتزم نحو الشركة ، والشركة تلتزم نحو كل شريك ، بالتزامات معينة سيأتى بيانها . ويسبق تكوين الشركة عقد ما بين الشركاء يتفقون فيه على تكوين الشركة ، ففى هذا الاتفاق يلتزم الشركاء بعضهم نحو بعض[٢] .

---

(١) انظر فى فرنسا قانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ — وانظر بلانيول وبرسيير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٣ — بل إن جمعيات التعاون تهدف إلى تحقيق أرباحها عن طريق توفير أرباح الوسطاء ، فيكون ربح الشريك فى هذه الجمعيات هو شراء السلعة بثمن أرخص أو إنتاجها بتكاليف أقل أو اقتراض النقود بسعر منخفض (انظر بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٣ ص ٢٤١ — ص ٢٤٢) . على أن جمعيات التعاون تخضع لقوانين خاصة ، ولا تدخل ضمن الشركات المدنية بل ضمن الجمعيات كما سيأتى (انظر فى هذا المعنى فورنييه فى الجمعيات المدنية ص ١٥ — وقارن محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٩ سبتمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٣ ص ٢٩ . محكمة بور سعيد الجزئية الوطنية ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٠٩ ص ٢١٦) . ويقضى قانون ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٧ فى فرنسا بأن تكون جمعيات التعاون شركات مدنية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩٦ مكررة) .

( ) ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الشركاء بما تعهد به من تقديم حصته أو غير =

وهى من عقود المعارضة ، وقد قدمنا أن كل شريك يقدم حصة فى رأس المال ، ويستولى فى نظير تقديمه لهذه الحصة على نصيبه فى أرباح الشركة إذا كانت هناك أرباح . ويصح أن تتضمن الشركة تبرعاً مكشوفاً أو تبرعاً مستتراً أو تبرعاً غير مباشر . تتضمن تبرعاً مكشوفاً إذا تبرع سائر الشركاء لأحدهم بحصته فأعفوه من تقديمها بعد تحديدها على النحو الذى قدمناه ، ويكون التبرع مكشوفاً إذا ظهر من عقد الشركة أن الشريك أعفى من تقديم حصته . وفى هذه الحالة يجب أن تستوفى الهبة شكلها فتكون فى عقد رسمى ، وإلا كانت باطلة ، وألزم الشريك بدفع حصته . وقد يتضمن عقد الشركة تبرعاً مستتراً ، إذا ذكر فى العقد أن الشريك قد دفع حصته ويكون فى الحقيقة قد أعفى من دفعها ، وفى هذه الحالة تكون الهبة مستترة تحت اسم عقد الشركة[1] ، فلا تستلزم الرسمية شأن كل هبة مستترة . وقد يتضمن عقد الشركة هبة غير مباشرة إذا أعطى الشريك نصيباً فى الأرباح أكبر من حصته فى الشركة ، فيكون ما زاد من الأرباح هبة غير مباشرة ، ولا تستوجب الرسمية[2] .

والشركة عقد محدد ، وليست بعقد احتمالى . وقد يتوهم أنها عقد احتمالى من احتمال أن يساهم الشريك فى خسائر الشركة إذا خسرت بدلا من أن

= ذلك ، جاز لأى شريك آخر أن يطلب فسخ العقد ، وللقاضى أن يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب الفسخ طبقاً للقواعد المقررة فى فسخ العقد . وقد نصت المادة ٥٣٠ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ، ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل ٢ – ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٠٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢٣ فقرة ٦ .

تربح . ولكن العقد يكون محدداً إذا كان المتعاقد يعرف وقت العقد قدر ما يعطى وقدر ما يأخذ ، والشريك يعرف ذلك . فهو يعطى حصته من رأس المال ويساهم فى نصيب معين من الأرباح إذا وجدت ، وهذا كاف لجعل العقد محدداً . أما احتمال الخسارة فلا يجعل عقد الشركة عقداً احتمالياً ، وإلا كان عقد إيجار أرض زراعية عقداً احتمالياً لاحتمال أن تقل قيمة المحصول عن أجرة الأرض[1] .

١٦٢ — اشتباه عقد الشركة بعقود أخرى : بعد أن حددنا مقومات عقد الشركة وبينا خصائص هذا العقد ، أصبح من المتيسر أن نميز عقد الشركة عن غيره من العقود التى يشتبه بها :

فقد يشتبه عقد الشركة بعقد البيع فيما إذا اتفق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح الناشر فى مقابل حقه فى التأليف . فإذا كان الناشر هو الذى قام بنفقات نشر الكتاب وهو وحده الذى يتحمل خسائره المحتملة ، فإن ربح شاركه المؤلف فى ربحه بنسبة معينة ، فالعقد بيع لا شركة[2] . ذلك أن المؤلف فى هذه الحالة لا يساهم فى الخسائر[3] ، فهو قد باع مؤلفه بثمن يزيد أو ينقص بحسب الأرباح التى يحصل عليها الناشر . أما إذا اشترك المؤلف مع الناشر فى نفقات النشر ، واتفقا على المساهمة فى الأرباح والخسائر ، فالعقد شركة . ويكون شركة أيضاً إذا قام الناشر بتقديم نفقات النشر على أن يستردها أولا مما يحصل عليه من بيع

---

(١) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٨ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٠ ص ٢٣٦ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١٦٦ .

(٣) ولا يقال إنه خسر عمله فى التأليف ، لأن هذا العمل يقابله حقا لمؤلف المعنوى فى كتابه وهذا الحق لا يزال باقياً له .

الكتاب ، ثم يتقاسم بعد ذلك مع المؤلف ما يزيد على النفقات بنسبة معينة(١). وإذا نزل صاحب المتجر عن متجره لشخص آخر ، على أن يأخذ منه نسبة معينة من الأرباح دون أن يشاركه فى الخسارة ، فالعقد بيع لا شركة .

ويشتبه عقد الإيجار فى المزارعة بعقد الشركة . فإذا أعطى صاحب الأرض الزراعية أو صاحب الأرض المغروسة بالأشجار الأرض مزارعة لشخص آخر فى مقابل أخذ صاحب الأرض نسبة معينة من المحصول ، كان العقد مزارعة ، أى إيجاراً لا شركة . ذلك أن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه نسبة من المحصول ، فإذا كان المزارع قد لحقته خسارة فصاحب الأرض لا يساهم فيها ، وقد رأينا أن الشريك يجب أن يساهم فى الربح وفى الخسارة . ومن ثم ألحق المشرع عقـد المزارعة بعقد الإيجار (المواد ٦١٩ — ٦٢٧ مدنى) ، وذكر صراحة فى المادة ٦٢٠ مدنى أن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة .

ويشتبه عقد العمل بعقد الشركة فيما قدمنا من أن العامل لو كان يأخذ ، بالإضافة إلى أجره ، نصيباً معيناً من الأرباح ، فالعقد عقد عمل لا عقد شركة ، لأن العامل لا يشارك صاحب العمل فى الخسارة ، ولا يشارك فى إدارة العمل ، ولا يكون مسئولا عن ديون صاحب العمل(٢) .

ويشتبه عقد الوكالة بعقد الشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين فى مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن فى الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين .

---

(١) وتكون نفقات النشر التى قدمها الناشر قرضاً يسترده من الشركة قبل توزيع الأرباح— انظر فى مثل آخر لعقد وصف فى ظاهره بأنه عقد شركة إلا أنه فى حقيقته وفى قصد المتعاقدين عقد بيع ، نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣٨ ص ٢٢٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

ويشتبه عقد القرض بعقد الشركة فيما إذا أعطى شخص مالا إلى تاجر على أن يشاركه فى الأرباح . فالعقد هنا قرض ، لأن المقرض لا يساهم فى الخسارة ، وقد قدمنا أنه إنما أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض فلا تزيد الفوائد فى أية حال على ٪(١) .

§ ٢ – أنواع الشركات المختلفة والتمييز فيما بينها

١٦٣ – تدرج الجماعات من الأغراض غير المادية إلى الأغراض المادية : تجمع الناس فى طوائف يتركز نشاطها لتحقيق أغراض معينة ظاهرة قديمة ، وقد زادها تطور الحضارة قوة وانتشاراً . فقد زادت الأغراض التى تهدف الجماعات لتحقيقها وتعقدت ، وكان من وراء التطور الاقتصادى وتقدم الصناعة أن قامت الشركات الكبيرة وتعددت أنواعها وأشكالها .

وتتدرج الجماعات ، من ناحية الأغراض التى تقوم على تحقيقها ، من أغراض غير مادية إلى أغراض مادية على النحو الآتى : (١) الجمعيات والمؤسسات وتلحق بها جمعيات التعاون والنقابات ، وهذه تحقق أغراضاً مختلفة ، ولكنها تشترك جميعاً فى أنها أغراض لا يدخل فيها الحصول على ربح مادى(٢) . (٢) الشركات المدنية وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

وإذا اتفق شخصان على أن يحول كل منهما رأس مال إلى إيراد مرتب طول حياته وبعد موته يتحول الإيراد إلى الشخص الآخر ، لم يكن هذا الاتفاق – ويعرف فى القانون الفرنسى القديم باسم tontine – شركة ، لأن الطرفين لا يساهمان فى ربح أو فى خسارة ، بل إن أحدهما يكسب إذا مات الآخر قبله (أنسيكلوبيدى داللوز ه لفظ Société civile فقرة ١٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ – ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٤١ .

للحصول على ربح مادى كما سبق القول ، ولكن المشروعات المالية التى تقوم بها لا تدخل فى أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر فى التقنين التجارى . (٣) الشركات التجارية ، وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية للحصول على ربح مادى كالشركات المدنية ، ولكن المشروعات التى تقوم بها ، على خلاف المشروعات التى تقوم بها الشركات المدنية ، تدخل فى أعمال التجارة . (٤) الشركات المدنية ذات الشكل التجارى ، وهذه شركات مدنية تقوم بمشروعات لا تدخل فى أعمال التجارة ، ولكنها تتخذ الشكل التجارى لدعم نظامها وتيسير نشاطها .

١٦٤ – الجمعيات والمؤسسات وجمعيات التعاون والنقابات : وقد تناول التقنين المدنى الجديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات . فالجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادى (م ٥٤ مدنى) . وتتدرج أغراض الجمعيات من أغراض خيرية محضة ، إلى أغراض نفعية تعود بالفائدة على أعضائها ولكن هذه الفائدة ليست ربحاً مادياً . وهذا هو أيضاً شأن المؤسسات ، فالمؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادى (م ٦٩ مدنى) . وتختلف المؤسسة عن الجمعية فى أن المؤسسة تنشأ بتخصيص مال للغرض المقصود وتحقيقه ، أما الجمعية فتنشأ باجتماع جماعة من الناس لتحقيق الغرض المقصود ، هذا إلى أن المؤسسة تخضع لنظام أدق ولرقابة أشد .

والأغراض التى تقوم الجمعيات والمؤسسات على تحقيقها متنوعة كما قدمنا ، فقد تكون أغراضاً ذات صفة إنسانية لا يقصد بها إلا البر والنفع العام ، كجمعيات الإسعاف والهلال الأحمر والصليب الأحمر والرفق

بالحيوان . وقد تكون أغراضاً دينية ، كجمعيات تحفيظ القرآن وجمعيات المبشرين ونحوها . وقد تكون أغراضاً اقتصادية ، كالجمعية الزراعية . وقد تكون أغراضاً اجتماعية ، كجمعية الاتحاد النسائى وجمعيات الخدمة الاجتماعية . وقد تكون أغراضاً علمية ، كجمعية الاقتصاد والتشريع وجمعيات التأليف والترجمة والنشر[١] وجمعيات الدراسات التاريخية والجغرافية والاجتماعية وجمعيات مكافحة الأمراض المختلفة . وقد تكون أغراضاً فنية ، كجمعيات الموسيقى والغناء والتمثيل والأدب والشعر . وقد تكون أغراضاً رياضية ، كنوادى الألعاب الرياضية ونحوها . وقد تكون غير ذلك من الأعمال التى لا يقصد بها الحصول على ربح مادى ، كالنوادى السياسية[٢] والنوادى الاجتماعية[٣] . وقد تجمع الجمعية الواحدة غرضين أو أكثر من هذه الأغراض . وهذه الأغراض ، كما نرى ، منها ما هو ذو صفة إنسانية بارزة لا يقصد به إلا البر والنفع العام ، ومنها أغراض نفعية تعود بالفائدة المعنوية أو المادية على أعضاء الجمعية ، ولكنها فائدة لا يدخل فيها الربح المادى .

ويلحق بالجمعيات والمؤسسات جمعيات التعاون والنقابات المختلفة .

---

(١) وهذه الجمعيات إذا قصدت أن تحقق ربحاً مادياً من وراء عملها كانت شركات مدنية ، فإذا اتخذت شكلا تجارياً كانت شركات مدنية ذات شكل تجارى . ويجوز لجمعية النشر ، إذا كانت تقصد إلى الربح المادى فتصبح بذلك شركة مدنية ، أن تقسم رأس مالها إلى حصص أو أسهم دون أن تتخذ الشكل التجارى . ولكن ذلك لا يقصر مسئولية الشركاء عن ديون الشركة على قيمة الأسهم التى يحملها كل شريك ، بل يكون كل شريك مسئولا فى ماله الخاص عن ديون الشركة بنسبة ما يحمل من الأسهم (انظر فى هذا المعنى فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٧ ص ٢٤ — ص ٢٥ وفقرة ٥٣) .

(٢) انظر فى أن النادى السعنتى ليس شركة مدنية ، بل هو جمعية : محكمة مصر الكلية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٨/٢ ص ٧٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٤ .

وجمعيات التعاون تتميز بأنها جمعيات تقوم على أغراض نفعية تعود بفوائد مادية على أعضائها ، ويتركز تحقيق هذه الأغراض فى التعاون . وتتنوع ضروب التعاون . فهناك تعاون فى الاستهلاك ، يعين المتعاونين فى الحصول على السلع بأسعار رخيصة . وهناك تعاون فى الإنتاج ، يعين المتعاونين فى الحصول على أدوات الإنتاج كالآلات الزراعية والسماد والبذرة ونحوها . وهناك التعاون فى الائتمان ، يعين المتعاونين فى الحصول على قروض . وهناك التعاون فى التأمين ، يتمثل فى جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) . وجمعيات التعاون كثيرة منتشرة فى مصر ، كجمعيات التعاون المنزلى والتعاون الزراعى والتعاون الاقتصادى والتعاون الصناعى والمصارف التعاونية والتأمين التعاونى . ولجمعيات التعاون قوانين خاصة تنظمها بما يتفق مع طبيعة كل نوع من أنواع هذه الجمعيات وأغراضها[1] .

أما النقابات فهى جماعات ، تضم كل جماعة منها أبناء الحرفة الواحدة ينتظمون فى نقابة للدفاع عن مصالح هذه الحرفة ولتنظيم العمل فيها وللسعى فى إصلاح شـؤونها ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهندسين وغيرها ، وكل نقابة ينظمها قانون خاص . وأهم النقابات من الناحية الاقتصادية والناحية السياسية هى نقابات العمال ، فقد أصبحت قوات ضخمة فى داخل الدولة تنظم شؤون العمل وتدافع عن مصالح العمال ، وتنظم هذه النقابات أيضاً قوانين خاصة[2] .

١٦٥ — الشركات المدنية : أما الشركات المدنية فتقوم لتحقيق أغراض

---

(١) ويبدو أن اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ مدنى ومابعدها) وملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى وما بعدها) أقرب إلى الشركات المدنية منها إلى الجمعيات التعاونية (أنسيكلوبيدى داللوز « لفظ société civile فقرة ٢٨٣ وفقرة ٢٨٤) .

(٢) وقد نصت المادة ٨٠ مدنى على أن « الجمعيات الخيرية والتعاونية والمؤسسات الاجتماعية والنقابات ينظمها القانون » .

تعود عليها بالربح المادى كما قدمنا . ولكن المشروعات المالية التى تقوم بها الشركات المدنية لا تدخل فى أعمال التجارة ، وهى الأعمال التى عددتها المادة الثانية من التقنين التجارى على سبيل الحصر . وأهم هذه الأعمال هى شراء البضائع والسلع لأجل بيعها أو تأجيرها . وعقود المقاولة المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البرى والبحرى ، وعقود التوريد ، ومعاملات المصارف ، والأعمال المتعلقة بالكمبيالات والسندات والصرافة والسمسرة ، والمقاولات المتعلقة بإنشاء مبان متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات ، والأعمال المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إيجار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحريين .

فإذا خرج عمل عن الأعمال التى عددها النص أعمالا تجارية ، كان هذا العمل مدنياً ، وإذا قامت شركة بهذا العمل كانت شركة مدنية . وأهم الأعمال المدنية هى الأعمال المتعلقة بالعقارات وبالمحصولات الزراعية وبالمناجم وبالمقاولات الخاصة بالأراضى وبالأعمال الفنية والعلمية والرياضية إذا قصد منها تحقيق ربح مادى . ومن ثم تكون الشركات التى تقوم بشراء الأراضى وبيعها واستغلالها[1] ، وببناء الدور وبيعها واستغلالها ، شركات مدنية ، وكذلك الشركات التى تجمع الأراضى والعقارات من أصحابها لاستغلالها وتوزيع أرباحها على الأعضاء . وتعد شركات مدنية أيضاً الشركات التى تقوم باستغلال المناجم وحفر الترع ، ولكن هذه الشركات تتخذ عادة الشكل التجارى[2] - والشركات التى تقوم بأعمال فنية أو علمية مأجورة

---

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٠ .

(٢) ويمكن تكوين شركة مدنية لاستغلال آلات زراعية أو تربية مواش . كما يمكن تكوين شركة مدنية بين مهندسين أو أطباء أو محاسبين أو خبراء أو معلمين أو موسيقيين أو مغنين أو ممثلين أو خياطين أو غيرهم ممن يباشرون أعمالا لا تعتبر أعمالا تجارية ، ويقرب من ذلك شركة =

بقصد توزيع الربح على الأعضاء ، كشركات التمثيل والغناء وإدارات المدارس ودور النشر والصحف والمجلات ، كل هذه تعتبر شركات مدنية(١) .

١٦٦ — الشركات التجارية : وأهم الشركات هى الشركات التجارية ، فهى تقوم بدور أساسى فى الحياة الاقتصادية . وهى قسمان ، شركات أشخاص وشركات أموال .

فشركات الأشخاص هى شركة التضامن (société collective) وشركة التوصية (société en commandite) وشركة المحاصة (société en participation) : أما شركة التضامن فهى الشركة التى يعقدها شخصان أو أكثر

= تقبل الأعمال فى الفقه الإسلامى . وتعتبر شركات مدنية الشركات المكونة لتوريد المياه للمدن أو لاستغلال المياه المعدنية .

انظر فى أمثلة للشركات المدنية بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٨ ص ٢٤٦ .

(١) وأهمية التمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية تظهر فى مسائل منها : (ا) شكل الشركات التجارية وإجراءات تكوينها تختلف عنها فى الشركات المدنية .(ب) فى الشركة المدنية الشريك مسئول عن ديون الشركة حتى فى ماله الخاص ولكن من غير تضامن ، أما فى الشركة التجارية فتارة يكون مسئولا فى ماله الخاص بالتضامن وتارة يكون مسئولا فى حدود الأسهم التى يحملها . (جـ) موت الشريك أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه من الشركة المدنية يقضيها ، ولا يقع ذلك غالباً فى الشركة التجارية . (ح) الشركة المدنية تخضع للقضاء المدنى ، والشركة التجارية تخضع للقضاء التجارى . (هـ) طرق الإثبات وسعر الفائدة تختلف فى الشركات المدنية عنها فى الشركات التجارية . (و) كل ما نشأ عن أعمال الشركة التجارية من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة يسقط بخمس سنين من تاريخ انتهاء الشركة (م ٦٥ تجارى) ، أما فى الشركات المدنية فمدة التقادم خمس عشرة سنة . (ز) يجوز شهر إفلاس الشركة التجارية وتصفيتها تصفية قضائية ، ولا يجوز ذلك فى الشركة المدنية .

وإذا كانت الشركة الواحدة تباشر أعمالا بعضها مدنى وبعضها تجارى ، اتخذت صفتها تبعاً للأعمال الغالبة . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنها تكون تجارية ، ما لم تكن الأعمال التجارية التى تباشرها هى أعمال تابعة للأعمال المدنية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩١ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٦) .

بقصد الاتجار ، ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى فى أموالهم الخاصة . وشركة التوصية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر يكونون مسئولين بالتضامن كما فى شركة التضامن ، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها وخارجين عن الإدارة ولا يكونون مسئولين إلا فى حدود حصصهم من رأس المال ويسمون موصين . وشركة المحاصة هى شركة تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة فى حق الغير ، فمن عقد من الشركاء المحاصين عقداً مع الغير يكون مسئولا عنه وحده دون غيره من الشركاء المحاصين ، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التى تنشأ من أعمالهم ، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين ، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها فى عقد الشركة .

وشركة التوصية على التحديد الذى قدمناه هى شركة أشخاص بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين ، وشركة أموال بالنسبة إلى الشركاء الموصين. وقد تكون حصص الشركاء الموصين فى رأس مال الشركة أسهماً ، فتسمى الشركة عندئذ بشركة توصية بالأسهم (société en commandite par actions) . وأهم شركات الأموال هى شركة المساهمة (société anonyme) ، يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة ، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم ، ويتفاوت الشركاء تفاوتاً كبيراً فى عدد الأسهم التى يملكونها . ولا يكون كل شريك مسئولا إلا فى حدود الأسهم التى يملكها . وقد وضع القانون قيوداً كثيرة على تأسيس شركات المساهمة ، قصد بها حماية المساهمين وحماية المتعاملين مع هذه الشركات[١] ، ولا يجوز تأسيس شركة المساهمة إلا بأمر يصدر من السلطة العامة .

---

(١) وأهم هذه القيود ، وقد وردت فى القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، ما يأتى :
(ا) لا يجوز الترخيص فى إنشاء شركة مساهمة إلا إذا كان من الأعضاء المؤسسين سبعة على الأقل (م ١/٢) . (ب) يجب أن يكون رأس مال الشركة كافياً لتحقيق غرضها، وألا يقل =

وهذه القيود كثيراً ما تعوق الشركات من أن تتخذ صفة الشركة المساهمة ومن أن تنتفع بمزاياها ، وأهمها تحديد مسئولية كل شريك بالأسهم التى يملكها من رأس المال . لذلك استحدث المشرع المصرى ، بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، نوعاً من الشركات كانت الحاجة ماسة إليه ، سميت بالشركات ذات المسئولية المحدودة (société à responsabilité limitée) . وقد أعفيت هذه الشركات من أكثر قيود شركات المساهمة ، مع استبقاء مزيتها الجوهرية وهى أن تكون مسئولية الشركاء مقصورة على مقدار الحصص التى يملكونها فى هذه الشركة . ولكن هذه الشركات يحيط بها قيدان أساسيان : (١) فلا يجوز أن يقل رأس مالها عن ألف جنيه ، ويقسم رأس المال إلى حصص متساوية لا تقل قيمة كل منها عن عشرين جنيهاً . (٢) ولا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً ، ولا يقل عن اثنين فإن كان بين الشركاء زوجان يجب أن يكون عدد الشركاء ثلاثة على الأقل .

١٦٧ — الشركات المدنية ذات الشكل التجارى : وقد تجد شركة مدنية ، كشركة لبيع الأراضى أو شركة لاستغلال المناجم أو شركة لحفر الترع أو نحو ذلك من الشركات المدنية الهامة ، من المناسب أن تتخذ شكلا من أشكال الشركات التجارية كشكل الشركة المساهمة أو شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية بالأسهم . ويكون الغرض من ذلك أن تجمع الشركة رأس المال الكافى للقيام بأعمالها ذات التكاليف

= فى أى حال ما يكون مدفوعا منه عند تأسيس الشركة عن عشرين ألف جنيه . ولا تؤسس الشركة إلا إذا كان رأس مالها مكتتباً فيه بالكامل ، وقام كل مكتتب بأداء الربع على الأقل من القيمة الاسمية للأسهم النقدية التى اكتتب فيها (م ١/٦) . (ج) يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن جنيهين (م ٧ / ١) .

ثم صدرت بعد ذلك تشريعات أوردت قيودا أخرى مختلفة ، ليس هنا مكان بحثها .

الكثيرة ، ويتيسر لها ذلك لو أنها جعلت رأس المال أسهماً يكتتب فيها الجمهور ، وفى الوقت ذاته تبقى مسئولية الشركاء محددة فى الأسهم التى يحملها كل شريك ، فلا يكونون مسئولين فى أموالهم الخاصة . وهاتان مزيتان جوهريتان تحصل عليهما الشركة المدنية إذا اتخذت شكل شركة تجارية يتكون رأس مالها من أسهم . فإذا اتخذت شركة مدنية الشكل التجارى على النحو الذى أسلفناه ، فهل تكون هذه الشركة مدنية تبعاً لطبيعة أعمالها ، أو تصبح تجارية تبعاً للشكل الذى اتخذته ؟

كان الرأى المعمول به فى فرنسا ، قبل قانون سنة ١٨٩٣ ، أن الشركة المدنية إذا اتخذت شكلا تجارياً تعتبر شركة تجارية من حيث مسئولية الشركاء نحو دائنى الشركة . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن أصبح الشركاء مسئولين بالتضامن حتى فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ، وإذا اتخذت شكل شركة التوصية أو شركة المساهمة أصبح الشركاء الموصون أو المساهمون مسئولين بقدر أسهمهم فقط . وغنى عن البيان أن الشركة المدنية فى هذه الحالة يجب أن تستوفى الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة التجارية التى اتخذت شكلها . أما أعمال الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فتبقى أعمالا مدنية ، ومن ثم لا تكون المحكمة التجارية مختصة بل المختص هى المحكمة المدنية ، ولا تلتزم الشركة بأن تحتفظ بالدفاتر التى تحتفظ بها الشركة التجارية ، ولا تكون مدة التقادم خمس سنوات وهى المدة الخاصة بالشركات التجارية ، ولا يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى ولا تصفيتها تصفية قضائية . ثم صدر فى فرنسا قانون أول أغسطس سنة ١٨٩٣ ، عقب اضطراب الحالة المالية لشركة بناما وكانت شركة مدنية ذات شكل تجارى فكان لا يمكن شهر إفلاسها مما سبب ضياع أموال المساهمين(١) . وقد قضى هذا القانون بأن أية شركة مدنية تتخذ

---

(١) انظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٩ ص ٣٢ هامش رقم ٨ فيما يختص بشركة بناما .

شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم تصبح شركة تجارية ، فتسرى عليها القوانين والعادات التجارية . ومن ثم أصبح يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى وتصفيتها تصفية قضائية ، ووجب على هذه الشركة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون المحكمة التجارية هى المختصة . ولكن نظراً لأن أعمال الشركة هى بطبيعتها أعمال مدنية ، فالرأى الغالب فى فرنسا أن القواعد المدنية فى الإثبات وفى سعر الفائدة ، لا القواعد التجارية ، هى التى تسرى[1] .

وليس فى مصر تشريع يقابل قانون سنة ١٨٩٣ فى فرنسا[2] ، ولكن الفقه والقضاء يجيزان أن تتخذ الشركة المدنية الشكل التجارى . فإذا اتخذت شكل شركة المساهمة ، وجب أن تراعى الإجراءات والشروط اللازمة لتكوين هذه الشركة ، وخضعت لقواعد الإدارة والرقابة التى ينص عليها القانون فى الشركات المساهمة ، وتحددت مسئولية الشركاء بالأسهم التى يحملها كل منهم . وكذلك الحكم إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن ، كان الشركاء مسئولين عن ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة بطريق التضامن . ولكن الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر — وأعمالها بطبيعتها أعمال مدنية — لا تخضع للقضاء التجارى ، ولا تلتزم

---

(١) أنظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٩ ص ٣٢ — ص ٣٥ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩٢ — فقرة ٩٩٥ مكررة — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٧ .

(٢) اشتمل التقنين المدنى الليبى على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٤٩٦ من هذا التقنين ، وتجرى على الوجه الآتى : « الشركات التى يكون غرضها القيام بعمل يختلف عن المشاريع التجارية تنظمها الأحكام التالية ، ما لم يتفق الشركاء على تأسيس الشركة على نمط أحد أنواع الشركات التجارية المحضة . وفى هذه الحالة تخضع الشركة لأحكام القانون التجارى الخاصة بذلك النوع الذى وقع عليه الاختيار ، ويدخل فى ذلك القيد فى السجل التجارى ، إلا أنها لا تخضع للتفليس » .

بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون مدة التقادم فيها هى المدة المقررة فى القانون المدنى ، وقواعد الإثبات فيها وسعر الفائدة هى القواعد المدنية ، ولا يجوز شهر إفلاسها ولا تصفيتها تصفية قضائية[1] . على أن هناك طائفتين من الأحكام التجارية تسريان على الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر ، وذلك بموجب نصوص خاصة : (١) تسرى على هذه الشركة أحكام قانون السجل التجارى ، متى اتخذت شكل شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم ، وذلك بموجب القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٤ . (٢) وتسرى على هذه الشركة أيضاً الأحكام الخاصة بالضرائب على الأرباح التجارية والصناعية متى اتخذت شكل شركة المساهمة ، وذلك بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالضرائب على الثروة المنقولة[2] .

§ ٣ – التنظيم التشريعى لعقد الشركة

١٦٨ – عقد الشركة فى التقنين المدنى السابق : لم يكن التقنين المدنى السابق مقلا فى النصوص التى خصصها لعقد الشركة ، ولكن كان يعوزه الترتيب ، وينقصه بعض الأحكام الأساسية ، وقد جاءت بعض أحكامه مبهمة فى حاجة إلى الإيضاح ، أو معيبة فى حاجة إلى التعديل ، أو مسهبة فى حاجة إلى الإيجاز .

فقد عقد باباً للشركة ، قسمه إلى فصلين . نظم فى الفصل الأول منهما عقد الشركة ، فعرفها ، وأورد الأحكام المتعلقة بحصص الشركاء وكيفية

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٣ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٨ .

(٢) الأستاذ محمد كامل أمين ملش فى الشركات سنة ١٩٥٧ فقرة ٤٠ – فقرة ٤٧ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٣٠ .

تقسيم الربح والخسارة ، ثم أورد الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة ، فالأحكام المتعلقة بانقضائها . ونظم فى الفصل الثانى تصفية الشركة وقسمة أموالها بين الشركاء ، وحقوق دائنى الشركة ، وحقوق الدائنين الشخصيين للشركاء ، وحق الاسترداد عند بيع الحصة الشائعة . فجاء ترتيب الأحكام غير خال من الاضطراب ، هذا إلى أن هناك أحكاماً كثيرة لم يذكرها التقنين السابق فتلافى التقنين الجديد هذا النقص .

١٦٩ — عقد الشركة فى التقنين المدنى الجديد : وقد عنى التقنين المدنى الجديد بعقد الشركة ليس فحسب لأن الشركات المدنية قد زادت أهميتها فى الوقت الحاضر ، بل أيضاً لأن النصوص المتعلقة بالشركة المدنية تعتبر نصوصاً أساسية للشركات المدنية والتجارية جميعاً ، فتسرى هذه النصوص على الشركات التجارية ما لم تتعارض مع النصوص الخاصة الواردة فى التقنين التجارى فى خصوص هذه الشركات[١] .

فعرف التقنين المدنى الجديد عقد الشركة ، واعتبرها بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً . ثم قسم النصوص الباقية إلى أقسام خمسة : (١) أركان الشركة . (٢) وإدارة الشركة . (٣) وآثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء (٤) وطرق انقضاء الشركة . (٥) وتصفية أموال الشركة .

ففى أركان الشركة ، أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ، وأورد الأحكام المتعلقة بحصص الشركاء سواء كانت هذه الحصص

---

(١) وتقول المادة ١٩ من التقنين التجارى فى هذا الصدد : « وتتبع فى هذه الشركات (التجارية) الأصول العمومية المبينة فى القانون المدنى والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية » (أى قواعد التقنين التجارى) . وكانت المادة ٤٤٧ / ٥٤٤ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « تتبع هذه القواعد (المدنية) فى كافة الشركات ، مع عدم الإخلال بما هو منصوص فى قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية » .

مبالغ من النقود أو حقوق ملكية أو حقوق عينية أخرى أو ديوناً أو عملا ، وبين كيف تتقاسم الشركاء الربح أو الخسارة .

وفى إدارة الشركة ، حدد سلطة الشريك المنتدب للإدارة سواء كان هذا الشريك واحداً أو متعدداً ، وحدد سلطة المدير غير الشريك ، وبين حقوق الشركاء غير المديرين .

وفى آثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء ، بين كيف تنقضى الشركة بانقضاء مدتها أو بانتهاء عملها أو بهلاك مالها أو بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه ، أو بطلب أحد الشركاء حل الشركة ، ومتى يجوز فصل الشريك ومتى يجوز إخراج الشريك نفسه من الشركة .

وفى تصفية أموال الشركة ، بين من يقوم بالتصفية ، وحدد سلطة المصفى ، وذكر كيف تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد التصفية وسداد الديون . وأحال فى قسمة الشركات على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع .

١٧٠ – *مزايا التقنين الجديد فى عقد الشركة* : وقد بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مزايا التقنين الجديد فى تنظيمه لعقد الشركة فى عبارة مفصلة ، نكتفى هنا بنقلها :

« حرص المشرع فى عرضه لقواعد الشركة على أن يتبع ترتيباً أقرب إلى المنطق من الترتيب الذى جرى عليه التقنين الحالى (السابق) ، فهو يستعرض أحكامها فى ستة أقسام تتناول الأحكام العامة وأركان عقد الشركة وإدارتها وآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير ، وطرق انتهائها وأخيراً تصفيتها ثم قسمة الأموال . وقد وجد المشروع هنا أيضاً السبيل واسعاً إلى التنقيح ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً لا فائدة منها ، وعدل أحكاماً معيبة أو مبهمة » .

« أضاف نصوصاً جديدة فى تقرير الشخصية القانونية للشركات وإجراءات نشرها ، ووجوب توفر الشكل الكتابى فى عقد الشركة ، وحصة الشريك إذا لم تكن إلا عملا أو ديوناً فى ذمة الغير ، واحتساب الأغلبية العددية ، وتحديد حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء . كذلك فيما يتعلق بطرق انقضاء الشركة ، أضاف المشروع نصوصاً جديدة فى امتداد الشركة ، وهلاك الشيء ، ووفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو فصله . أما فيما يتعلق بتصفية الشركات وقسمتها ، فإن المشروع أدخل تجديداً هاماً ، فهو - خلافاً للتقنين الحالى (السابق) - لا يعرض فى باب الشركة إلا لتصفية الشركات وقسمة أموالها بين الشركاء . أما القواعد العامة للقسمة ، فقد أوردها فى باب الملكية على الشيوع . وقد تكلم فى تصفية الشركة على انتهاء سلطة المديرين ، وبقاء شخصية الشركة ، وتعيين المصفى وتحديد سلطاته ، وقسمة الصافى من أموال الشركة على الشركاء » .

« وحذف نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، دون أن تكون فى ذكرها فائدة . من ذلك تعيين الحصة وبيان نوعها ووجوب حصرها إذا كانت شاملة لكل أموال الشريك (م ٤٢٢ / ٥١٤ مدنى سابق) ، وزمان الوفاء بالحصة (٤٢٣ / ٥١٥ مدنى سابق) ، وإحلال الشريك غيره محله فى الشركة (م ٤٤٢ / ٥٣٩ مدنى سابق) ، وعدم الإخلال بما هو منصوص عليه فى قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية (م ٤٤٧ / ٥٤٤ مدنى سابق) » .

« وعدل أحكاماً معيبة ، وحدد أحكاماً مبهمة وأوجز فى أحكام مسهبة . من ذلك تعريفه لعقد الشركة تعريفاً يبرز عناصرها وخصائصها الأساسية ، وتحديده لحصص الشركاء وافتراض تساويها فى القيمة وعدم جواز اقتصارها على ما يكون للشركاء من نفوذ أو على ما يتمتعون به من ثقة مالية ، وإلزام الشريك الذى يقدم حصته مبلغاً من النقود من وقت

استحقاقه بحكم القانون ودون حاجة إلى إنذار وبالتعويض التكميلى عند الاقتضاء حتى لو كان حسن النية . ومن ذلك أيضاً ضمان الشريك لحصته إذا كانت مالا أو مجرد الانتفاع به ، ونصيب الشريك الذى يقدم حصته عملا من أرباح الشركة ، وتحديد سلطات المديرين وحقوقهم ، وحقوق الشركاء غير المديرين ، وتحديد درجة العناية الواجب على الشريك بذلها فى رعاية مصالح الشركة ، وبيان طرق انقضاء الشركة ، وتقييد سلطة المصفى فى بيع موجودات الشركة »[1] .

١٧١ — خطة البحث : وسنتبع ترتيب التقنين المدنى الجديد ، فنبحث عقد الشركة فى فصول ثلاثة : الفصل الأول فى أركان الشركة ، والفصل الثانى فى أحكام الشركة ، فنتكلم فى إدارتها وفى أثرها بالنسبة إلى الشركاء ، والفصل الثالث فى انقضاء الشركة ، فنتكلم فى أسباب الانقضاء وفى تصفية أموال الشركة :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٩ — ص ٣٠١ .

الفصل الأول

أركان الشركة

١٧٢ — أركانه ثلاثة — الشخصية المعنوية : لعقد الشركة ، كما لسائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . وتمتاز الشركة بأنها تعتبر ، بمجرد تكوينها وتوافر أركانها شخصاً معنوياً . فنتكلم فى المسائل الآتية : (١) التراضي فى عقد الشركة (٢) المحل والسبب فى عقد الشركة (٣) الشخصية المعنوية للشركة .

الفرع الأول

التراضي فى عقد الشركة

١٧٣ — شروط الانعقاد وشروط الصحة : نتكلم فى شروط الانعقاد فى التراضي ، ثم فى شروط صحة التراضي :

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٧٤ — الموضوع : الشركة لا تنعقد إلا بتراضي الشركاء . ولا جديد يقال فى التراضي من حيث الموضوع ، فلا بد من تراضي الشركاء على موضوع الشركة وحصة كل شريك ، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد[١] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن تتوافر للشركة كل الأركان العادية للعقد : الرضاء والمحل والسبب . وقد أوردت بعض التقنينات . نصوصاً خاصة =

— بهذه الأركان . لكن المشروع لم ير حاجة الإيراد مثل هذه النصوص، لأنها ليست إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، والشركة كغيرها من العقود تخضع من حيث تنظيم أركانها للمبادئ العامة الواردة فى باب الالتزامات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٣) . وقد قضت محكمة قنا بأنه لا سبيل لا فتراض وجود شركة بغير اتفاق ، فإذا اشترك اثنان فى القيام بأعمال من شأنها الإتيان بفائدة مالية لأموال ثابتة ملك أحدهما ، فإن ذلك لا يترتب عليه اعتبار الآخر شريكاً له فى تلك الأموال ، خصوصاً إذا كانا من عائلة واحدة ، لأن المعهود فى العائلات قيام أحد أفرادها بمباشرة الشؤون الخاصة بالفرد الآخر من باب المجاملة والمعاونة أو فى مقابل فائدة خصوصية لا يمكن أن تتناول حق الاشتراك فى الأملاك المذكورة (قنا ٩ مارس سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١١٤) .

وتسرى على الوعد بالشركة القواعد العامة فى الوعد بالتعاقد ، وهى القواعد الواردة ، فى المادة ١٠١ مدنى ، وتجرى كما رأينا على الوجه الآتى : « ١ – الاتفاق الذى يعتد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ – وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . ويخلص من هذا النص أنه إذا وعد شخص بأن يدخل فى شركة ، وجب أن يتضمن الوعد جميع أركان الشركة من الشركاء ورأس المال وحصة كل شريك فيه والأعمال التى تقوم بها الشركة وغير ذلك من الشروط . ويجب أن يكون الوعد فى ورقة مكتوبة ، لأن الكتابة ضرورية لانعقاد الشركة فتكون ضرورية أيضاً لانعقاد الوعد بالشركة . ويلتزم الواعد بوعده ، فإذا تقاضاه الشركاء تنفيذ الوعد وجب التنفيذ بأن يدخل شريكاً فى عقد الشركة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه لما كانت الشركة من العقود التى تراعى فيها شخصية المتعاقدين ، فلا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ التزامه عيناً ، لأن طبيعة الالتزام لا تسمح بالتنفيذ العينى ، ويقضى على الواعد بالتعويض لإخلاله بالتزامه (جيوار فقرة ٣٣ – فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ١٨ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٠٢ ص ٤٦٣) . ولكن يعارض هذا الرأى أن الواعد كان يعلم عند الوعد بشركائه وقد وعد أن يدخل شريكاً معهم ، فلا يجوز له عند ما يطالب بتنفيذ وعده أن يحتج بعدم ارتضائه لشخصية هؤلاء الشركاء . لذلك نرى أنه يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده عيناً ، ويقوم الحكم عليه بذلك مقام عقد الشركة تطبيقاً للمادة ١٠٢ مدنى (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٣) . وغنى عن البيان أن إلزام الواعد بتنفيذ وعده عيناً على النحو السالف الذكر لا يمنعه ، وقد أصبح شريكاً ، من أن يستعمل حقوق الشريك ، فيجوز له بوجه خاص أن ينسحب من الشركة إذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله وألا يكون الانسحاب عن غش أو فى وقت غير لائق (م ٥٢٩/١ مدنى) .

١٧٥ – الشكل – نص قانونى : أما من حيث الشكل ، فقد أصبح عقد الشركة فى التقنين المدنى الجديد عقداً شكلياً ، إذ يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلا . وتنص المادة ٥٠٧ من التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ – يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد » .

« ٢ – غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، فكان عقد الشركة فى هذا التقنين عقداً رضائياً ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ورقة مكتوبة[٢] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن صدر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كان على الوجه الآتى : « يجب أن يدون عقد الشركة فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية ، وإلا كان العقد باطلا » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٣٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية » عبارة « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٨ وص ٣١٠ – ص ٣١١) .

(٢) ومن ثم فإن الشركات المدنية التى أبرمت عقودها قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دون ورقة مكتوبة تكون صحيحة ، إذ تسرى عليها أحكام التقنين المدنى السابق ، وتخضع فى إثباتها للقواعد المقررة فى الإثبات (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧) .

السورى م ٤٧٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٧ - ٤٩٨ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٨ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٨[1] .

١٧٦ - لا تنعقد الشركة إلا بورقة مكتوبة : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشركة لا تنعقد ، كما قدمنا ، إلا بورقة مكتوبة . وقد تكون هذه الورقة ورقة رسمية أو ورقة عرفية ، وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا التفصيل[2] ، فاكتفى فى النص النهائى بذكر الورقة المكتوبة ، فإنه إذا جاز أن تنعقد الشركة بورقة عرفية فأولى أن تنعقد بورقة رسمية . غير أنه يلاحظ أن الشركاء إذا اختاروا أن يعقدوا الشركة بورقة رسمية ، وجب عليهم أن يلتزموا هذا الشكل فى كل ما يدخلونه بعد ذلك على عقد

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٧ : لا يخضع عقد الشركة المدنية لشركات أو إجراءات معينة باستثناء ما تتطلبه طبيعة ما يقدمه الشركاء من أموال حصصاً فى الشركة .

م ٤٩٨ : لا يجوز إدخال تغيير على عقد الشركة إلا بموافقة جميع الأعضاء ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أنه لا يتطلب ورقة مكتوبة لانعقاد الشركة ، فالشركة المدنية فيه عقد رضائى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٨ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٨ : تتم الشركة بموافقة المتعاقدين على تأسيسها وعلى سائر بنود العقد ، فيما خلا الحالة التى يوجب فيها القانون صيغة خاصة . غير أنه إذا كان موضوع الشركة أملاكاً ثابتة أو غيرها من الأملاك القابلة للرهن العقارى ، وكانت لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وجب أن يوضع عقدها خطاً وأن يسجل بالصيغة القانونية . ويجب علاوة على ذلك إتمام المعاملات المنصوص عليها فى القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ .

(والتقنين اللبنانى لا يوجب شكلا معيناً فى شركة المنقولات فهى عقد رضائى . أما شركة العقارات فقد اشترط فيها أن تكون بورقة مكتوبة مسجلة مع مراعاة الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقارات إلى الشركة) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٨ فى الهامش .

الشركة من تعديلات ، فيلونوا هذه التعديلات فى ورقة رسمية أسوة بالعقد الأصلى . أما إذا اقتصروا فى عقد الشركة على ورقة عرفية ، فإنه ما يدخلونه من تعديلات بعد ذلك يكفى فيها ورقة عرفية كالعقد الأصلى وفى هذا المعنى تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٠٧ مدنى : « وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد » .

١٧٧ — **جزاء الإخلال بالشكل الواجب** : فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلى فى ورقة مكتوبة ، أو لم تكن التعديلات التى يدخلها الشركاء بعد ذلك فى الشكل ذاته الذى أفرغ فيه العقد الأصلى ، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة . ولما كان البطلان هنا جزاء على الإخلال بالشكل ، وقد قدمنا أن القانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال بالشكل إذ الشكل من صنعه ، فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة وقد يسمح بإجازته[1] ، فإن المشرع هنا أورد تفصيلات هامة فيمن يجوز له التمسك ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب .

ففيما بين الشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوب قائماً منتجاً لجميع آثاره ، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم فى الشركة واقتسام الربح والخسارة على الوجه المبين فى العقد غير المكتوب ، وذلك إلى الوقت الذى يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة . فمن وقت المطالبة القضائية بالبطلان يصبح عقد الشركة باطلا ، والحكم بالبطلان يستند إلى وقت رفع الدعوى . فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصل بينهما رفع دعوى البطلان ، مرحلة الصحة قبل رفع الدعوى ومرحلة البطلان

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧٩ .

بعد رفعها . على أنه فى المرحلة الأولى إذا اقتضى الأمر أن يثبت أحد الشركاء عقد الشركة فى مواجهة شركائه ، وجب اتباع القواعد المدنية فى الإثبات . فإذا زاد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم يزد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات . جاز الإثبات بجميع الطرق وتدخل فى ذلك البينة والقرائن .

أما فى حق الغير ، فللغير أن يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب[1] . فإذا طالبت الشركة أحد من تعامل معها ، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن الشركة باطلة وأن التعاقد معها باطل ، ولا يرجع الشركاء على الغير فى هذه الحالة إلا بما تقضى به القواعد العامة فى العقد الباطل . ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها ، وفى هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها . فإذا كان الغير قد تعاقد مع الشركة وأراد أن يطالبها بالتزاماتها ، فلا يجوز للشركة أن تحتج عليه ببطلانها لعدم استيفائها الشكل المطلوب[2] وبأن التعاقد معه كان باطلا لهذا السبب ، بل تلزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها نحو الغير على اعتبار أنها شركة صحيحة قائمة . وللغير أن يثبت وجود الشركة بجميع طرق الإثبات ، وفيها البينة والقرائن ، حتى لو زاد رأس مالها على عشرة جنيهات لأنه من الغير[3] . ويتبين من ذلك أن بطلان الشركة

---

(١) وكذلك للغير أن يحتج بألا تكون للشركة شخصية معنوية لعدم استيفائها إجراءات النشر التى يقررها القانون ، على ما سيأتى . ومصلحة الضرائب تعتبر من الغير ، فلها الحق فى التمسك ببطلان الشركة (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢٢ / ٢) .

(٢) أو لعدم استيفائها إجراءات النشر التى يقررها القانون على ما سيأتى .

(٣) إلا أن العقد الذى أبرمه الغير مع الشركة تراعى فيه القواعد العامة للإثبات . هذا وإذا كانت الشركة الباطلة لعـــدم استيفاء الشكل شركة تجارية ، جاز للغير طلب الحكم =

لعدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير قبل الشركة ، ولكن لا يجوز للشركة أن تحتج به قبل الغير[1] .

وقد نظم المشرع المصرى تنظيما تشريعياً ما يسميه الفقه الفرنسى بالشركات الواقعية (sociétés de fait) ، وهى شركات تكون باطلة[2] أو تكون قد انقضت وتبقى مع ذلك مباشرة لنشاطها ، أو شركات تقوم بالفعل دون عقد ما بين الشركاء فتكسب المظهر الخارجى للشركة . فهذه كلها شركات لا وجود لها قانوناً ، ولكنها شركات واقعية ، ومن ثم تجب حماية حقوق الغير الذى يتعامل معها . فيجوز للغير ، بحسب مصلحته ، إما أن يتمسك ببطلان الشركة وإما أن يتمسك بقيامها على الوجه الذى أسلفناه فيما تقدم[3] .

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٧٨ — الأهلية : يجب لصحة الشركة أن يكون الشريك أهلا لإبرام عقد الشركة ، وأهلية الشركة هى أهلية الالتزام[4] ، فلا تكفى

= بشهر إفلاسها (نقض مدنى ١٨ دسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٤ ص ٢١٢) .

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٩ — ص ٣١٠ .

(٢) ويستوى أن يرجع سبب البطلان إلى الشكل أو إلى الموضوع .

(٣) انظر هيمار فى بطلان الشركة والشركات الواقعية الطبقة الثانية سنة ١٩٢٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٢٢ — ص ٢٣ — بلانيول وريپير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٧٢ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠ .

(٤) وكذلك أهلية التصرف إذا كانت حصة الشريك تقتضى نقل ملكية او حق عينى .

أهلية الإدارة ، لأن الشريك يلتزم بعقد الشركة ويلتزم بديونها فى ماله الخاص .

فالصبي غير المميز . وعديم التمييز بوجه عام كالمجنون والمعتوه ، ليسو أهلا لأن يكونوا شركاء ، ويكون عقد الشركة فى هذه الحالة باطلا . ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يشارك بمال المحجور ، ويكون ذلك من قبيل استثمار هذا المال ، ولكن يجب الحصول على إذن المحكمة وفقاً للقواعد المقررة فى قانون الولاية على المال (م ٣٩ من هذا القانون) .

والصبي المميز والمحجور عليه لعته أو سفه لا يجوز لهما أن يكونا شركاء ، ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم استغلال مال المحجور فى شركة على الوجه الذى قدمناه . ويستوى أن يكون الصبي المميز مأذوناً له فى إدارة أمواله أو غير مأذون ، فهو فى الحالتين لا يكون أهلا لعقد الشركة ، لأنه يحصل بالإذن على أهلية الإدارة دون أهلية الالتزام ، وقد قدمنا أن الشريك يجب أن تتوافر فيه أهلية الالتزام . وإذا دخل ناقص الأهلية فى عقد الشركة ، كان هذا العقد قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، وترد عليه الإجازة وفقاً للقواعد المقررة فى قابلية العقد للإبطال[1] .

فيجب إذن لتوافر أهلية الشركة أن يكون الشريك قد بلغ سن الرشد ، فيصبح أهلا للالتزام فى ماله . ومتى بلغ الشخص سن الرشد كان أهلا لعقد الشركة ، حتى لو كان الشريك الآخر زوجاً له ، فيجوز فى القانون المصرى الشركة ما بين الزوجين ، خلافاً للقانون الفرنسى حيث يحرم القضاء هذه الشركة[2] .

---

(١) وسنرى فيما يلى (فقرة ٢٣١) أنه يجوز أن تبقى الشركة بعد موت أحد الشركاء ، فتستمر مع ورثة الشريك الميت ولو كانوا قصرا (م ٥٢٨/٢ مدنى) .

(٢) انظر فى بطلان الشركة بين الزوجين فى القضاء الفرنسى ومعارضة الفقه الفرنسى =

ويجوز للبالغ الرشيد التوكيل فى إبرام عقد الشركة ، ولكن يجب أن يكون عقد الوكالة مكتوباً كعقد الشركة ذاته ، إذ يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى الذى يكون محل الوكالة (م ٧٠٠ مدنى) . ولا بد أن تكون الوكالة خاصة ، ولا تكفى الوكالة العامة إذ الشركة ليست من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدنى) .

١٧٩ — عيوب الرضاء : ورضاء الشريك يكون معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وتجرى على عيوب الرضاء فى عقد الشركة القواعد العامة المقررة فى عيوب الرضاء فى نظرية العقد . فيكون عقد الشركة قابلا للإبطال لمصلحة الشريك الذى شاب رضاءه عيب ، وله أن يجيز العقد وفقاً للقواعد المقررة فى إجازة العقود القابلة للإبطال .

والغلط فى شخصية الشركاء يعتبر غلطاً جوهرياً يجعل عقد الشركة قابلا للإبطال ، ذلك أن الشركة عقد تدخل فيه الاعتبارات الشخصية بالنسبة إلى الشركاء . ولا يؤثر الغلط الذى يقع فى تقدير قيمة الحصص أو فى احتمالات نجاح الشركة فى أعمالها ، فإن مثل هذا الغلط لا يكون فى العادة غلطاً جوهرياً[1] .

= للقضاء فى ذلك : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٧ — ص ١٩ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٣ — فقرة ١٠٠٤ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٢٩ . وقد نصت المادة ٨٤٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « لا يجوز أن تعقد الشركة : أولا — بين الأب والابن الذى لا يزال خاضعاً للسلطة الأبوية . ثانياً — بين الوصى والقاصر إلى أن يبلغ القاصر سن الرشد ويقدم الوصى حساب الوصاية وتتم الموافقة النهائية عليه . ثالثاً — بين ولى فاقد الأهلية أومتولى إدارة إحدى المنشآت الدينية وبين الأشخاص الذين يديرون أموالهم . إن ترخيص الأب أو الولى للقاصر أولفاقد الأهلية فى تعاطى التجارة لا يكفى لجعلهما أهلا للتعاقد معهما على إنشاء شركة » .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٠ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

ويشوب رضاء الشريك التدليس ، إذا جر للدخول فى الشركة بطرق احتيالية اولاها لما كان يرضى بالدخول . مثل ذلك أن تقدم له ميزانية للشركة غير صحيحة ، أو أن تحاط الشركة بمظاهر كاذبة من النجاح فى أعمالها ، أو أن يكتم عن الشريك عمداً ديون الشركة أو التزاماتها الهامة ، أو أن يوهم أحد الشركاء الآخرين فى التوفر على أسباب من شأنها إنجاح أعمال الشركة ولا يكون هذا الشريك متوفراً على هذه الأسباب[1] .

الفرع الثانى

المحل والسبب فى عقد الشركة

١٨٠ — تطبيق القواعد العامة : يجب أن يكون لعقد الشركة محل وسبب ، شأن الشركة فى ذلك شأن أى عقد آخر . ويجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلا للتعيين ، وأن يكون قابلا للتعامل فيه وبخاصة أن يكون مشروعاً ، كما يجب أن يكون السبب مشروعاً . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة .

أما محل الشركة فهو رأس مالها مقسماً إلى حصص لكل شريك حصة : كذلك يكون محلا للشركة الأعمال التى تقوم بها لاستغلال رأس المال . فيجب أن تتوافر شروط المحل التى قدمناها فى كل ذلك ، فإذا تخلف شرط منها كانت الشركة باطلة[2] .

---

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٠ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ١٦ .

(٢) وتنص المادة ٨٤٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب أن يكون لكل شركة غرض مباح . فكل شركة يكون غرضها مخالفاً للآداب أو النظام العام أو للقانون باطلة حتما . وباطلة أيضاً كل شركة يكون موضوعها أشياء لا تعد مالا بين الناس » . وانظر أيضاً المواد ٨٥٢ — ٨٥٥ من هذا التقنين .

ويترتب على ذلك أن الشركة تكون باطلة إذا كانت حصص الشركاء مالا لا يجوز التعامل فيه[١] . وتكون باطلة أيضاً إذا كانت الأعمال التى تباشرها الشركة طبقاً لعقد تأسيسها أعمالا غير مشروعة ، كتهريب الممنوعات ، أو الاتجار فى الحشيش أو المخدرات ، أو إدارة محل للعهارة ، أو إدارته للمقامرة ، أو بيع سلع غير مرخص فى تداولها ، أو تزييف الأوراق والمستندات لتخفيض الضرائب المستحقة ، أو التعامل بالربا الفاحش ، أو الاتجار بالرقيق ، أو نشر كتب أو صور مخلة بالحياء ، أو توزيع أوراق نصيب دون رخصة ، أو الحصول على أوسمة أو وظائف من الدولة مقابل مبالغ تدفع للشركة[٢] .

وكذلك يكون سبب عقد الشركة غير مشروع ، فتكون الشركة باطلة ، إذا كان الباعث على العقد غير مشروع . مثل ذلك أن تكون أعمال الشركة منحصرة فى سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالا لهذا الاحتكار ، أو أن يكون الغرض من الأعمال التى تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعة .

وبطلان الشركة فى الأحوال المتقدمة هو بطلان مطلق ، يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به ، ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يسرى فى حقه التقادم ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة المقررة فى البطلان المطلق .

فإذا كانت الشركة الباطلة لم تبدأ مباشرة أعمالها ، جاز لكل شريك

---

(١) ويلاحظ أن يجوز أن تكون حصة الشريك مالا مستقبلا ، إذ التعامل فى المال المستقبل جائز فيما عدا التركات المستقبلة (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨) . ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما يتمتع به من نفوذ أو ثقة مالية ، لأن هذا ليس بمال أصلا : انظر م ٥٠٩ مدنى وانظر ما يلى فقرة ١٨٥ .

(٢) بودرى وثال ٢٣ فقرة ٦٦ — فقرة ٨٠ .

أن يتمسك ببطلانها ، وأن يسترد حصته فى رأس المال التى يكون قد دفعها للشركة . ولا يستطيع أحد من الشركاء أن يلزم الباقى بالاستمرار فى الشركة .

أما إذا كانت الشركة الباطلة قد باشرت أعمالها ، فجنت ربحاً أو تكبدت خسارة ، فإنها تبقى باطلة بالرغم من ذلك . ويكون لكل شريك أن يسترد حصته من رأس المال على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . أما فيما يتعلق بتقسيم الربح والخسارة على الشركاء ، فالفقه فى فرنسا منقسم وكذلك القضاء . فتذهب أقلية من الفقهاء وأقلية من قضاة المحاكم إلى أن الشريك يقتصر على استرداد حصته من رأس المال دون أن يساهم لا فى الربح ولا فى الخسارة ، والشريك أو الشركاء الذين تركز فى يدهم الربح أو تحملوا الخسارة يخلص لهم الربح أو يتحملون الخسارة وحدهم دون أن يشاركهم فى ذلك غيرهم من الشركاء(١) . ولكن الرأى الذى تغلب فى الفقه والقضاء فى فرنسا هو أن جميع الشركاء يساهمون فى الربح وفى الخسارة ، حتى لا يثرى أحد من الشركاء دون حق على حساب الآخرين . والقاضى يوزع بينهم الربح والخسارة بحسب ما يراه عادلا ، فقد يكون التوزيع بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال ، وقد يكون بالنسبة المتفق عليها فى عقد تأسيس الشركة الباطلة وعند ذلك لا يكون القاضى قد طبق هذه النسبة باعتبارها من اتفاق الشركاء بل باعتبار أن هذه النسبة هى التى يراها عادلة(٢) . أما العقود التى أبرمتها الشركة الباطلة مع الغير ، إذا كانت

---

(١) تروبلنج فقرة ١٠٥ — نقض فرنسى ٨ نوفبر سنة ١٨٨٠ داللوز ١٨٨١ — ١ — ١١٥ .

(٢) بودرى وثال ٢٣ فقرة ٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وليبارنيه ١١ فقرة ١٠٠٦ — هيمار فقرة ٦٩ وما بعدها — اسكارا فى القانون التجارى فقرة ٥٧٥ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٣٤ — وتميل محكمة النقض الفرنسية إلى توزيع الربح والخسارة بين الشركاء بالنسبة المتفق عليها فى عقد تأسيس الشركة (نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٦٢ داللوز —

صحيحة ، فإنها تلزم جميع الشركاء ، ولكن لا يتقدم الدائنون فى هذه العقود على الدائنين الشخصيين للشركاء[1] .

وقد كان القضاء فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق يسير على الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى فرنسا[2] . وفى عهد التقنين المدنى الجديد يمكن القول بأن هذا الرأى قد ازداد قوة ، فإن هذا التقنين ، فى المادة ٢/٥٠٧ كما رأينا ، نص صراحة فيما إذا كان البطلان راجعاً إلى الإخلال بالشكل على ما يأتى : « غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان » . وإذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية لأن القانون هو الذى فرض الشكل وعين الجزاء على الإخلال به ، إلا أنه يصح القول بأن نظرية الشركة الواقعية (société de fait) هى الأساس فى كل شركة باطلة ، سواء كان البطلان راجعاً لخلل فى الشكل أو خلل فى الموضوع[3] . ففى جميع الأحوال تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة واقعية ، يستلهم القاضى فى تصفيتها الشروط

= ٦٢ — ١ — ٣٣٨ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سيريه ٧٠ — ١ — ٥٥ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٧٠) .

(١) فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٣٤ — ويشترط أن يكون المتعامل مع الشركة الباطلة يعتقد وقت تعامله معها أنها شركة صحيحة ، أما إذا كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعدم مشروعيتها فإنه لايرجع إلا على الشريك الذى تعامل معه فقط (هوبان دى بوسفييه (Houpin de Bosvieux فقرة ٦٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤١٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٠ (العقود التى كانت فى دور التنفيذ وقت إبطال الشركة تبقى معتبرة بالنسبة إلى الغير) — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص٤٤٢ (تصفية العلاقات المتولدة بسبب وجود شركة مدنية تقرر بطلانها والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقات تبقى خاضعة لشروط الشركة) .

(٣) ولوكان الخلل فى الموضوع يرجع لا إلى بطلان الشركة ، بل إلى قابليتها للإبطال إذا كانت قد أبطلت فعلا .

المدونة فى عقد تأسيس الشركة ، لا على أنها اتفاق بين الشركاء ، بل على أنها تملى حلولا عادلة لتصفية الشركة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[١] .

ونقتصر الآن بعد ما قدمناه على الكلام ، فى مناسبة محل الشركة ، فى الحصص التى يتقدم بها الشركاء لتكوين رأس مال الشركة ، وكيف يتعين نصيب كل شريك فى الربح أو فى الخسارة .

المبحث الأول

حصة الشريك فى رأس مال الشركة

١٨١ — جواز اختلاف حصص الشركاء فى طبيعتها وتفاوتها فى قيمتها — نص قانونى : قدمنا أن كل شريك يجب أن يساهم بحصة فى رأس مال الشركة[١] ، وأن هذه الحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو ديناً فى ذمة الغير أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو عملا أو غير ذلك مما يصلح أن يكون محلا للالتزام[٢] . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان التقنين المدنى السابق ينص عليه صراحة فى المادة ٤٢٠ / ٥١٢ فيقول : « يجوز أن تكون الحصة فى رأس المال نقوداً أو أوراقاً ذات قيمة أو منقولات أو عقارات

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

(٢) ومجموع هـذه الحصص هو رأس مال الشركة (le capital social) . ويجب تمييز رأس المال هذا عن مال الشركة أوموجوداتها (l'actif social) ، فعند تأسيس الشركة يكون مالها مساوياً لرأس مالها ، وبعد مدة تعمل فيها الشركة قد يزيد المال على رأس المال أو ينقص بحسب نجاح الشركة فى أعمالها (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٧٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٥٨ — ومن ثم يصح أن تكون حصة كل شريك عملا ، وهذه هى الشركة المعروفة فى الفقه الإسلامى بشركة تقبل الأعمال (قارن أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ société civile فقرة ٦٨) .

أو حق انتفاع بشيء مما ذكر ، ويجوز أن تكون عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر » .

وليس من الضرورى أن تكون حصص الشركاء متجانسة فى طبيعتها أو متساوية فى قيمتها ، بل يصح أن يقدم أحد الشركاء مبلغاً من النقود ويقدم الآخر أوراقاً مالية ويقدم الثالث عقاراً ويقدم الرابع عملا وهكذا ، وتكون قيمة كل حصة لا تعادل قيم الحصص الأخرى .

وتقدر حصة كل شريك بما تساويه قيمتها . وتعيين قيمة حصة كل شريك أمر هام فى عقد الشركة ، إذ كثيراً ما يتوقف على هذه القيمة معرفة نصيب الشريك فى الربح وفى الخسارة ، ثم معرفة ما يصيب الشريك من رأس مال الشركة عند تصفيتها . ومن ثم وضع المشرع قرينة قانونية فى حالة ما إذا لم ينص عقد الشركة على تقدير حصص الشركاء ولا على طبيعة الحصة ، فافترض أن الحصص جميعاً متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . فنصت المادة ٥٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى : « تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك »[1] . ونقتصر هنا على إيراد ما جاء بالمذكرة الإيضاحية

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة فى طبيعتها ، كما يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع بهذا المال . وتعتبر الحصص عند الشك متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » . وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأول من النص لأنه مستفاد من تعريف الشركة والقواعد العامة ، وجعل باقى النص مادة مستقلة تجرى على الوجه الآتى : « تعتبر حصص الشركاء عند الشك متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » ، وأصبح رقمها ٥٣٦ فى المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ وص ٣١٤ – ص ٣١٥) . =

للمشروع التمهيدى فى صـــدد هذا النص ، فهو « يقرر حكمين : (أ) افتراض المساواة فى قيمة الحصص ، لأن توزيع الأرباح والخسائر يكون ، كما سنرى ، بنسبة الحصص ، وذلك يتطلب معرفة قيمتها . ولا يقوم أى إشكال إذا كانت الحصة عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل تقدير قيمتها . لكن يصعب الأمر إذا كانت الحصة عبارة عن عمل أو كانت مالا لا يمكن تقدير قيمته إلا بعد مضى مدة ما . وما دام العقد لم يذكر شيئاً ، وما دام هناك شك ، فيجب أن نفترض تساوى الحصص فى القيمة[1] . على أن هذه القرينة تقبل الإثبات العكسى طبقاً للقواعد العامة . (ب) افتراض أن الحصة واردة على المال لا على مجرد الانتفاع به : إذا

= ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م٤٢١/٥١٤ وكانت تجرى على الوجه الآتى : «تعتبر حصص الشركاء فى رأس المال ملكاً للشركة لا مجرد الانتفاع بها ، ما لم يوجد نص صريح فى العقد فى شأن ذلك » .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٦ (مطابق) — فى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٩ (مطابق) — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٩ : ١ — يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة فى طبيعتها ، وأن تكون ملكية أموال أو مجرد انتفاع بهذه الأموال . ٢ — وتعتبر الحصص عند الشك متساوية فى القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . (وأحكام تقنين العراق تتفق مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٩٦ وما بعدها) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٩ : يجوز أن يكون حصص الشركاء فى رأس المال نقوداً أو أموالا منقولة أو ثابتة أو حقوقاً معنوية ، كما يجوز أن تكون صناعة أحد الشركاء أو صناعاتهم جميعاً — م ٨٥١ : يجوز أن تختلف الأشياء التى يقدمها الشركاء قيمة ونوعاً . وإذا وقع الشك حسبوا متساوين فيما قدموه — م ٨٥٦ : كل شريك مديون لسائر الشركاء بجميع ما وعد بتقديمه للشركة . وعند قيام الشك يعد الشركاء ملزمين بتقديم حصص متساوية . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يجعل الشريك مديناً بحصته لسائر الشركاء ، لا مديناً للشركة ، إذ يبدو أنه لا يجعل الشركة شخصية معنوية) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان لا يوجد بين الشريكين اتفاق على حصة كل منهما فى الشركة ، فإن كلا منهما يكون بحق النصف فيها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨) .

لم يذكر فى عقد الشركة أن الحصة واردة على ملكية المال أو أنها واردة على مجرد الانتفاع به ، ولم يمكن تبين ذلك من أى ظرف آخر ، فيجب ما دام هناك شك أن نفترض أن الحصة واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . ولكن هذه القرينة أيضاً يجوز إثبات عكسها . والتقنين الحالى (السابق) يأخذ بهذا الحكم فى المادة ٤٢١ / ٥١٣ »[١] .

فإذا ذكر فى عقد تأسيس الشركة بيان عن حصة كل شريك وعن قيمة هذه الحصة ، وجب الأخذ بذلك . وقد قدمنا أنه يجوز أن تختلف طبيعة كل حصة عن طبيعة الحصص الأخرى . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يجوز أن تكون الحصة عملا يقوم به الشريك أو مالا يقدمه . والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنتفع به الشركة . أما المال فهو بمعناه القانونى كل عنصر فى الذمة يقتطعه الشريك من ماله الخاص ويدخل فى رأس المال المشترك المملوك للشركة . فهو يشمل إذن الأموال المادية ، منقولة أو عقارية ، ثم الأموال المعنوية كالحقوق الشخصية ومحل التجارة والملكية الأدبية وحقوق المؤلفين وشهادات الاختراع . كذلك يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع به »[٢] . فيمكن إذن أن تكون حصة الشريك مبلغاً من النقود ، وهذا هو الغالب . كذلك يجوز أن تكون حصة الشريك عيناً معينة بالذات أو حقاً عينياً على هذه العين ، كما يجوز أن تكون حقاً شخصياً فى ذمة الغير ، أو حقاً من حقوق الملكية المعنوية كملكية فنية أو صناعية أو تجارية أو أدبية ، أو التزاماً بعمل . ونستعرض كلا من هذه الأنواع الخمسة .

١٨٢ — الحصة مبلغ من النقود — نص قانونى : تنص المادة ٥١٠

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٢ — ص ٣١٣ .

من التقنين المدنى على ما يأتى : « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار . وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء »[1] .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كانت الحصة التى تعهد بتقديمها أحد الشركاء مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا الشريك هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه بحكم القانون ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ليزيد الحكم دقة وإيضاحاً ، وأصبح رقم النص ٥٣٨ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٧ – ص ٣١٩) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٢٦/٥١٨ - ٥١٩ وكانت تجرى على الوجه الآتى : « الشريك المتأخر عن أداء حصته فى رأس المال ملزم بالتضمينات بمجرد مطالبته بالتأدية مطالبة رسمية . وإذا نشأ من هذا التأخير ضرر للشركة وجب عليه تعويضه بغير مقاصة بالأرباح التى استجلبها للشركة » . والأحكام متفقة مع أحكام التقنين الجديد فيما عدا : (١) تسرى الفوائد فى التقنين السابق من يوم الإعذار ، وفى التقنين الجديد من وقت استحقاق الحصة دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار . (٢) فى التقنين السابق لا مقاصة بين التعويض التكميلى الواجب على الشريك وأرباح الشركة التى تسبب فيها الشريك . ولا يوجد فى هذه المسألة حكم مقابل فى التقنين الجديد ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تقضى باستبعاد المقاصة القانونية لأن التعويض التكميلى غير خال من النزاع (قارن الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ ص ٥١٨) وتسرى أحكام التقنين السابق على الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٨ (مطابق) — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠١ (مطابق) — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٣٠ (موافق) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٥٧ : على كل شريك أن يسلم ما يجب عليه تقديمه فى الموعد المضروب . وإذا لم يكن ثمة موعد معين فعلى اثر إبرام العقد . وتراعى فى ذلك المهل التى تستلزمها ماهية الشيء أو المسافة . وإذا كان أحد الشركاء متأخراً عن تقديم حصته فى رأس المال ، كان لسائر الشركاء أن يطلبوا إخراجه من الشركة أو إجباره على القيام بما التزمه ، مع الاحتفاظ بما لهم من حق المطالبة ببدل العطل والضرر فى الحالتين . (ولم ينص التقنين اللبنانى على سريان الفوائد من وقت استحقاق الحصة إذا كانت مبلغاً من النقود) .

فإن الشريك بمجرد تمام عقد الشركة يصبح ملتزماً نحوها – وسنرى أن الشركة شخص معنوى – بمقدار هذا المبلغ[1] . وتسرى القواعد العامة فى شأن هذا الالتزام من حيث وجوب الوفاء به ، وكيفية الوفاء ، والزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يحدد فى عقد الشركة أو فى اتفاق آخر ميعاد الوفاء بالالتزام ، وجب على الشريك الوفاء به للشركة فوراً بمجرد تمام العقد ، وإذا تحدد ميعاد للوفاء وجب الوفاء فى هذا الميعاد . فإذا لم يوف الشريك بالتزامه فى ميعاده ، ولم يقدم المبلغ من النقود الذى التزم بتقديمه حصة له فى رأس المال ، أجبر على الوفاء به وفقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن ، ويكون ذلك بطريق الحجز على ماله وبيعه لتقتضى الشركة منه المبلغ المستحق لها . ويكون الشريك فوق ذلك ملزماً بدفع فوائد تأخير عن هذا المبلغ بالسعر المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على السعر وجبت الفوائد بالسعر القانونى وهو فى الشركة المدنية ٤ ٪ . وقد قررت المادة ٥١٠ مدنى السالفة الذكر فى صدد فوائد التأخير هذه استثناءين من القواعد العامة :

أولا – تسرى فوائد التأخير من اليوم الذى كان يجب فيه على الشريك الوفاء بالمبلغ المستحق فى ذمته ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تسرى الفوائد من وقت مطالبة الشركة للشريك بحصته وبفوائدها مطالبة قضائية[2] .

---

(١) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون حصة الشريك ليست هى ملكية المبلغ من النقود ، بل حق الانتفاع بهذا المبلغ . فإذا خسرت الشركة ساهم الشريك فى خسائرها فى حدود حق الانتفاع بالمبلغ ، ولكنه يسترد المبلغ كاملا لأن ملكيته لم تنتقل إلى الشركة ، بل يبقى الشريك دائناً به للشركة (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٧٩ ص ١٧٦ – ص ١٧٧ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ ص ٢٨٠ وفقرة ١٠٤٦ ص ٣٢٣ – بيدان ١٢ فقرة ٤٤٢ ص ٤٦٦ هامش رقم ٢ – فورينيه فى الشركات المدنية فقرة ٤٣) .

(٢) وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق (م ٤٢٦/٥١٨) كان يقضى بأن تسرى الفوائد –

ثانياً — يجوز للشركة ، فوق مطالبة الشريك بفوائد التأخير على النحو المتقدم الذكر ، أن تطالبه أيضاً بتعويض تكميلى إذا أثبتت أن ضرراً لحقها بسبب تأخر الشريك عن الوفاء بالتزامه وأن هذا الضرر يزيد فى قيمته على فوائد التأخير . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن الشريك لا يلتزم بدفع تعويض تكميلى إلا إذا ثبت أنه سيئ النية فى تأخره عن الوفاء (م ٢٣١ مدنى) . وهذا الحكم الخاص بالشركة يبرره — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « أن مجرد الإهمال من جانب الشريك قد يضر بحسن سير الشركة التى يجب أن تتوافر لها من وقت قيامها كل الأموال اللازمة »(١) .

١٨٣ — الحصة عين معينة بالذات — نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص »(٢) .

= من وقت إعذار الشركة للشريك ، وأن حكمه هذا يسرى على الشركات المدنية التى تأسست قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٨ .

هذا وقد تكون حصة الشريك أشياء مثلية لا نقوداً ، كمائة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن ، فيصبح الشريك ملتزماً نحو الشركة بهذا المقدار . وتسرى فى شأن هذا الالتزام القواعد العامة من ناحية وجوب تعيين الشىء بنوعه ومقداره وجودته ، ومن ناحية انتقال الملكية إلى الشركة بالإفراز الذى يقع عادة عند التسليم ، وبوجه عام تسرى المادة ٢٠٥ مدنى وهى النص الجوهرى فى هذا الصدد (بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٦٥ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٣٩/١ =

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون عيناً معينة بالذات ، عقاراً أو منقولا ، وفى الفرضين قد تكون الحصة هى حق الملكية على هذه العين ، أو أى حق عينى آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الرقبة أو حق الحكر . فيكون الشريك فى جميع هذه الأحوال ملتزماً بمجرد عقد الشركة بنقل الملكية أو الحق العينى إلى الشركة[1] كما يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشترى .

= فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١١/١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٩ – ص ٣٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق ما يأتى : م ٤٢٤/٥١٦ : إذا كانت حصة الشريك فى رأس المال حق ملكية فى عين معينة أوحق انتفاع فيها ، انتقل الحق فى ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليهم تلفه . م ٤٢٥/٥١٧ : الشريك ضامن لحصته فى رأس المال كضمان البائع للمبيع . (وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن تبعة هلاك الحصة قبل التسليم كانت على الشركة فى التقنين المدنى السابق ، وهى فى التقنين المدنى الجديد على الشريك وفقاً للقواعد العامة . وتسرى أحكام التقنين المدنى السابق على الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٩/١ (مطابق) – وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠٢/١ (مطابق) – وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٣١/١ (موافق) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ما يأتى : م ٨٥٩ : إذا كانت الحصة المقدمة عيناً معينة ، كان الشريك الذى قدمها ملزماً بالضمان المترتب على البائع فيما يختص بالعيوب الخفية وانتزاع الملكية بالاستحقاق .. (وهذا النص موافق حكمه لحكم التقنين المصرى) ، م ٨٦١ : إذا هلكت حصة شريك أو تعيبت بسبب قوة قاهرة بعد العقد وقبل إجراء التسليم فعلا أو حكما ، تطبق القواعد الآتية : أولا – إذا كان ما يقدمه الشريك نقوداً أو غيرها من المثليات أوكان حق الانتفاع بشيء معين ، فإن خطر الهلاك أو التعيب يتحمله الشريك المالك . ثانيا – أما إذا كان شيئاً معيناً أدخلت ملكيته فى الشركة ، فجميع الشركاء يتحملون الخطر (وتبعة الهلاك فى الشيء المعين بالذات قبل التسليم على الشريك فى التقنين المصرى) . م ٨٦٢ : لا يلزم أحد الشركاء بتجديد حصته فى رأس المال إذا هلكت ، فيما خلا الحالة المذكورة فى المادة ٩١١ (الحصة حق انتفاع أو عمل) . كما أنه لا يلزم بأن يزيدها أكثر مما حدد فى العقد (لا مقابل لهذا النص فى التقنين المصرى ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) وإذا كانت حصة الشريك حق الحصة فى أشياء مثلية ، فإن ملكية الأشياء المثلية =

فإذا كانت الحصة عقاراً ، ملكية أو أى حق عينى آخر على العقار ، لا ينتقل الحق إلى الشركة إلا بالتسجيل ، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى قواعد التسجيل التى فصلناها عند الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، إذ الشركة تعتبر فى هذه الحالة عقداً ناقلا للملكية ، فتدخل ضمن العقود التى يجب تسجيلها .

وإذا كانت الحصة منقولا معيناً بالذات[1] ، ملكية أو أى حق عينى آخر على المنقول ، فإن الشريك يصبح بمجرد عقد الشركة هنا أيضاً ملتزماً بنقل هذا الحق إلى الشركة . وينفذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، فيصبح الحق مملوكاً للشركة بمجرد عقد تأسيسها ، وذلك قبل التسليم . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة (م ٢٠٤ مدنى) .

وسواء كانت الحصة عقاراً أو منقولا ، ملكية أو أى حق عينى آخر ، فإن الشريك يلتزم بتسليمها إلى الشركة[2] ، وتسرى فى التسليم القواعد المقررة فى تسليم المبيع ، من حيث الحالة التى يكون عليها الحق وقت التسليم وطرق التسليم والعجز فى المقدار[3] والزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم وغير ذلك من القواعد التى سبق ذكرها عند الكلام فى البيع . كذلك تكون

= تنتقل إلى الشركة ، ولا يكون للشريك إلا الحق الشخصى فى استرداد مثل هذه الأشياء عند التصفية (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٣) .

(١) ويدخل فى المنقول المعين بالذات المتجر .

(٢) وتكون ثمار الحصة ملكاً للشركة من وقت تمام عقد الشركة أو من الوقت المتفق عليه ، شأن الشركة فى ذلك شأن البيع (جيوار ٦ فقرة ١٨٣ – پون Pont فقرة ٢٦٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٣٩ – هوپان وبوسفيه ١ فقرة ٩٣ – قارن لوران ٢٦ فقرة ٢٥٠ – بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٧٧ – بلانيول وريپير وليپارنيير ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨٣) .

(٣) انظر فى العجز فى المقدار فى القانون الفرنسى بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٨٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٤٠ – بلانيول وريپير وليپارنيير ١١ فقرة ١٠١٢ .

تبعة هلاك الحصة قبل التسليم على الشريك كما فى البيع ، فإذا هلكت الحصة قبل تسليمها للشركة تحمل الشريك تبعة الهلاك ، وله بالاتفاق مع سائر الشركاء أن يقدم حصة أخرى فى رأس المال فيبقى فى الشركة . وإذا لم يتم الاتفاق بين الشركاء على تقديم الشريك حصة أخرى ، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ مدنى فى هذا الصدد : « وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهلك هذا الشىء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء » وسنعود إلى ذلك فيما يلى[1] .

وكما يلتزم الشريك بتسليم حصته إلى الشركة وبتحمل تبعة الهلاك ، كذلك يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، على النحو الذى يلتزم به البائع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية فى الشىء المبيع[2] ، وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلا فى البيع[3] .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) وإذا استحقت حصة أحد الشركاء أو ظهر فيها عيب خفى ، فليس لسائر الشركاء فسخ الشركة إلا إذا تبين أنهم ما كانوا ليبرموا عقد الشركة بغير هذه الحصة (جيوار ٦ فقرة ١٨٠ – بلانيول وريبير وليپارنيير ١١ فقرة ١٠١٢ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٤٥) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تنظم هذه المادة كيفية دخول الحصة العينية فى رأس مال الشركة ، فإذا كانت الحصة ملكية مال أو حق عينى آخر عليه ، فإن الشريك يتخلى نهائياً عن حقوقه على الشىء الذى يصبح ملكاً للشركة ، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة . على أن تنازل الشريك فى هذه الحالة ليس بمثابة بيع تماماً ، وإنما هو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية ، ووسائل العلانية ، فتنطبق أحكام انتقال الملكية فى البيع منقولا أو عقاراً ، ويلزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية ، وبعض الحقوق المنقولة كإعلان المدين المحال فى حوالة الحقوق الشخصية ، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة فى التنازل عن شهادة الاختراع والمحل التجارى ، كما تنطبق أيضاً فيما يتعلق بتبعة الهلاك الأحكام التى ذكرناها فى البيع . وأخيراً يضمن الشريك حصته فى رأس المال كضمان البائع للمبيع ، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والعجز فى المقدار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠) .

١٨٤ – الحصة حق شخصي في ذمة الغير – نص قانوني : تنص المادة ٥١٣ من التقنين المدني على ما يأتي : « إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون في ذمة الغير ، فلا ينقضي التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون ، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها »[1] .

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون حقاً شخصياً له في ذمة الغير . ولما كان الشريك في هذه الحالة ينقل الحق الذي له إلى الشركة عن طريق حوالة الحق ، فإن القواعد والإجراءات المقررة في حوالة الحق تسري هنا[2] . ويسري بوجه خاص وجوب الحصول على

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٥ – ص ٣٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هي التي تطبق ، فلا يضمن الشريك يسار المحال عليه إلا بشرط خاص . وتسري أحكام التقنين السابق على الشركات المدنية التي أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨١ (مطابق) – وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٤ (مطابق) – وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٣ (موافق) – وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٠٨ : إذا كانت حصة أحد الشركاء في رأس المال ديناً في ذمة شخص آخر ، فلا تبرأ ذمة هذا الشريك إلا في اليوم الذي تقبض فيه الشركة المبلغ الذي قدم في ذلك الدين بدلا منه ، ويكون الشريك ضامناً للعطل والضرر إذا لم يدفع المبلغ في موعد الاستحقاق (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) وقد يكون الحق الشخصي سنداً اسمياً أو سنداً تحت الإذن أو سنداً لحامله ، فتتبع الإجراءات المقررة في هذا الصدد في نقل السند إلى الشركة . كذلك قد يكون الحق الشخصي حق إيجار ، فيتنازل الشريك للشركة عن هذا الحق وفقاً للقواعد المقررة في تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار . وقد يكون الحق الشخصي وعدا بالبيع أو وعداً بفتح اعتماد في أحد المصارف ، =

رضاء مدين الشريك بالحوالة أو إعلانه بها حتى تكون الحوالة نافذة فى حق هذا المدين ، كما يجب أن يكون قبول المدين بالحوالة ثابت التاريخ لنفاذ الحوالة فى حق الغير (م ٣٠٥ مدنى) . وللشركة قبل إعلان الحوالة للمدين أو قبولها منه أن تتخذ من الإجراءات ما تحافظ به على الحق الذى انتقل إليها (م ٣٠٦ مدنى) ، وتشمل حوالة حق الشريك ضمانات هذا الحق كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م ٣٠٧ مدنى) . ويكون الشريك مسئولا عن أفعاله الشخصية ولو اشترط عدم الضمان (م ٣١١ مدنى) .

غير أن نص المادة ٥١٣ مدنى السالف الذكر يورد استثناء من القواعد العامة المقررة فى حوالة الحق ، فى صدد ضمان الشريك للحق الذى قدمه حصة فى رأس المال . ذلك أنه طبقاً لهذه القواعد العامة . إذا كانت الحوالة بعوض لم يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، فلا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان . وإذا ضمن يسار المدين لم ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . وإذا رجع المحال له بالضمان على المحيل ، لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك[1] . أما فى حالة ضمان الشريك للحق الذى قدمه حصة فى رأس مال الشركة ، فإن الضمان أشد بكثير من الضمان المتقدم الذكر . إذ الشريك يعتبر ، دون اتفاق ، ضامناً ليسار المدين فى الحال والاستقبال ، فإذا لم تستوف الشركة الحق الذى للشريك فى ذمة الغير فى ميعاد استحقاقه ، رجعت على هذا الشريك بكل قيمة هذا الحق ،

= فتتبع القواعد الخاصة بذلك (بودرى وثال ٢٣ فقرة ٢٣ فقرة ١٦٠ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ — فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٤٠) .

(١) انظر فى كل ما تقدم المواد ٣٠٨/١ و٣٠٩ و٣١٠ مدنى .

بل وترجع عليه أيضاً بتعويض تكميلي إذا أثبتت أنها قد أصابها ضرر بسبب التأخر في استيفاء الحق . ويبرر هذا الحكم أن الشركة تكون قد اعتمدت على تكوين رأس مالها بمجرد تمام عقد تأسيسها ، فإذا وقع تأخر في استيفاء الحق الذي للشريك نقص رأس المال بمقدار هذا الحق ، وقد يكون ذلك سبباً في تعطيل أعمال الشركة وتكبدها خسائر من جراء ذلك . وغني عن البيان أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز اتفاق الشريك مع سائر الشركاء على ألا يضمن إلا وجود الحق المحال به أو ألا يضمن إلا يسار المدين في الحال دون الاستقبال[1] .

١٨٥ — الحصة ملكية فنية أو صناعية أو أدبية — نص قانوني : وقد تكون حصة الشريك ملكية فنية أو صناعية أو أدبية[2] . فيقدم الشريك مثلا براءة اختراع ، أو اسماً تجارياً ، أو علامة تجارية ، أو حقاً من حقوق المؤلف المختلفة كحق في كتاب أو في قطعة موسيقية أو في عمل من الأعمال الفنية . ففي هذه الحالة تسري القواعد المقررة في شأن هذه الحقوق المعنوية ، وهي قواعد صدرت بها قوانين خاصة . فتنتقل ملكية

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٥١٣ مدني ما يأتي : « هذه المادة مقتبسة من المادتين ٩٩٧ من التقنين المراكشي و ٨٥٨ من التقنين اللبناني . وهي تقرر حكما مخالفاً لأحكام الضمان في حوالة الحقوق العادية ، إذ المبدأ العام هو أن المحيل لا يسأل إلا عن وجود الحق المحال ، ولا يضمن يسار المحال عليه في الحال أو في الاستقبال إلا إذا اشترط ذلك صراحة . لكننا نستحسن الخروج على هذا المبدأ في حالة الشريك لأنه ، وقد تعهد بتقديم حصته ديوناً له في ذمة الغير ، يعتبر ضامناً ليسار المدين في الحال بل وفي الاستقبال ، ونتفادى بذلك ما قد يقع عملا من غش إذا وفى الشريك حصته النقدية عن طريق ديون له قبل الغير يستحيل استيفاؤها . كما أن هذا النص يقضي على النزاع القائم في الفقه بصدد هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٥) .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

الحق المعنوى إلى الشركة ، و يتحدد مدى هذا الحق ، طبقاً للإجراءات والقواعد المقررة فى هذه القوانين .

على أنه يجب أن تكون الحصة فى هذه الحالة حقاً معنوياً تحدد مداه طبقاً للقانون . أما مجرد ما يكون للشريك من نفوذ أو يتمتع به من ثقة مالية ، فلا يصح أن يقدمه حصة فى رأس المال . وقد اختلف الفقه فى فرنسا فى جواز ذلك[١] ، فذهب بعض الفقهاء إلى الجواز لأن النفوذ أو الثقة المالية ييسر للشركة وسائل الائتمان فتستطيع الحصول على قروض ، ولذلك قيمة مالية محسوسة[٢] . وذهب بعض آخر إلى عدم جواز ذلك ، لأن النفوذ والثقة المالية ليس بمال فلا يصح أن يكون حصة فى الشركة ، ولأنه قد يساء استعمال النفوذ أو الثقة المالية إلى حد الاستغلال[٣] . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح يقضى بعدم جواز تقديم الشريك ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية حصة فى رأس مال الشركة ، فقد نصت المادة ٥٠٩ من هذا التقنين على ما يأتى : « لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية »[٤] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

---

(١) ولكن هناك إجماع على أن النفوذ السياسى أو نفوذ الوظيفة العامة لايجوز أن يكون حصة فى رأس مال الشركة (جيوار ٦ فقرة ٦٤ – فقرة ٦٥ – لوران ٢٦ فقرة ١٤٣ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٥٩ – هوپان وبوسقييه ١ ص ١٢٤ – بلانيول وريپير وليپارنيير ١١ ص ٢٨٠ هامش رقم ١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٥٩ – بلانيول وريپير وليپارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ – تالير وبيك فى القانون التجارى ١ فقرة ٢١ .

(٣) انظر لوران ٢٦ فقرة ١٤٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٥ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد – وفى لجنة المراجعة جعل مادة مستقلة تحت رقم ٥٣٧ فى المشروع النهائى ، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . =

الصدد : « وقد قصد المشروع . . . أن يقطع برأى فى خلاف قائم فى الفقه والقضاء ، لأنه إذا كان من المجمع عليه أن النفوذ الذى يتمتع به رجل سياسى أو موظف عمومى لا يعتبر حصة ، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن السمعة التجارية التى يتمتع بها شخص ما تعتبر حصة ، ويجوز قبولها منه كنصيب فى رأس مال الشركة بغض النظر عن أية مساهمة عينية ، بل حتى إذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة : تالير وبيك شرح القانون التجارى سنة ١٩٢٥ جزء أول رقم ٢١ — بلانيول وريبير جزء ٢ رقم ١٠٠٨ — انظر أيضاً تقنين طنجه م ٨٤١ والتقنين المراكشى م ٩٩٠ . على أننا نرى أن الحصة لا يمكن أن تكون إلا مالا أو عملا . وإذا كانت السمعة التجارية هى ثمرة العمل والنزاهة ، فإنها مع ذلك ليست بمال ، فهى لا يمكن تقديرها نقداً وليست قابلة للتملك ، ولا تعتبر حصة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه : أو برى ورو ٤ فقرة ٣٧٧ — لوران جزء ٢٦ رقم ١٤٥ »[1] .

١٨٦ — الحصة التزام بعمل — نصوص قانونية : وقد تكون حصة الشريك التزاماً بعمل ، وهذا الالتزام على نوعين ، فهو إما أن يكون

= ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٥ — ص ٣١٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٧ (مطابق) — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠٠ (مطابق) — وفى التقنين المدنى العراقى لا يوجد مقابل للنص ، ولكن يمكن الأخذ بحكمه لا تفاقه مع القواعد العامة . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٥٠ : يجوز أيضاً أن يكون ما يقدمه أحد الشركاء الثقة التجارية التى يتمتع بها (وهذا الحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٣ — ص ٣١٤ .

التزاماً بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة ، وإما أن يكون التزاماً بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة .

ففي الالتزام بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة تنص الفقرة الثانية من المادة ٥١١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فإن أحكام الإيجار هى التى تسرى فى ذلك »[١] . ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون التزاماً منه بتمكين الشركة من الانتفاع مثلا بمكان يملكه الشريك وتجعله الشركة مقراً لأعمالها[٢] . ففى هذه الحالة يبقى الشريك مالكاً للمكان ، وتكون الشركة

---

(١) ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٥٣٩ من المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥١١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٤٧٩ (مطابق) — وفى التقنين المدنى الليبى م ٢/٥٠٢ (مطابق)— وفى التقنين المدنى العراقى م ٢/٦٣١ (مطابق) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٥٩ : . . . وإذا كان ما قدمه مقصوراً على حق الانتفاع ، كان الشريك ملزماً بالضمان المترتب على المؤجر ، ولزمته أن يضمن أيضاً محتوى ذلك الشىء على الشروط نفسها (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(٢) وقد تكون الحصة مجرد تمكين الشركة من استئجار مقر لها ، وهذا التزام بعمل . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا التزم أحد الشركاء فى شركة بالتخلى عن قطعة أرض لإقامة مكان الشركة عليها . وكانت تدخل ضمن مساحة كبيرة اعتاد استئجارها من مصلحة الأملاك ، على أن يكون له ثلث الشركة ، كان لهذا التخلى من جانبه من القيمة فى نظر الشركاء ، سواء من جهة صلاحية القطعة لأغراض الشركة أومن جهة تمكين الشركاء من إستئجارها منفصلة عن مجموع المساحة المؤجرة له ، ما يكفى لأن يجعل مساهمة هذا الشريك فى الشركة مساهمة جدية بالقيمة التى قررها لها الشركاء ، وهى ثلث الشركة . ولامحل إذن لمراجعة الشركاء فى تقديرهم والقول بأن تلك المساهمة من التفاهة بحيث لا تعتبر مشاركة فى رأس مال الشركة وتكوينها ، ومن ثم فساهمة الشريك فى رأس مال الشركة على الوجه المذكور هى مساهمة كافية لانعقاد الشركة انعقاداً صحيحاً (استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨٣) .

بمنزلة المستأجر لهذا المكان ، وتقوم العلاقة ما بين الشريك والشركة بالنسبة إلى المكان كما لو كان هناك عقد إيجار . فيلتزم الشريك بتسليم المكان إلى الشركة ، ويضمن لها التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ويتحمل تبعة الهلاك . وليس على الشركة أن تدفع أجرة للمكان ، فإن انتفاعها به هو حصة الشريك فى الشركة وهى تملك هذه الحصة ، ولكن على الشركة أن ترد المكان إلى الشريك فى نهاية المدة . ويلاحظ فى العقار ، إذا كانت المدة تزيد على تسع سنوات ، أنه يجب التسجيل طبقاً للقواعد المقررة فى عقد الإيجار[1] .

وفى الالتزام بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة تنص المادة ٥١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ — إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة عملا ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التى تعهد بها ، وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذى قدمه حصة له . ٢ — على أنه لا يكون ملزماً بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك »[2] . ويتبين من هذا النص أن الشريك قد تكون حصته فى

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا كانت الحصة واردة على مجرد الانتفاع بالمال ، فإن ملكيتها للشريك وتكون الشركة بمثابة مستأجرة لها ، وعليها التزام بردها فى نهاية المدة . وتنازل الشريك عن الانتفاع ، وإن كان لا يعتبر إيجاراً ، إلا أنه يشبه الإيجار من حيث إجراءات العلانية وأحكام الضمان وتبعة الهلاك . وعلى ذلك إذا كان الانتفاع وارداً على عقار ، وكانت مدته تزيد عن الحد المقرر قانوناً ، وجب التسجيل طبقاً للقواعد المقررة فى الإيجار . كذلك يتحمل الشريك تبعة الهلاك لأنه مازال مالكاً للحصة ، ويلزم أيضاً بالضمان قبل الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٠ فى المشروع النهائى .

رأس المال هى التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وهذه الأعمال لها قيمة مادية فيصح أن تكون حصة فى رأس المال . مثل ذلك أن تكون الشركة تستغل مصنعاً ، ويكون أحد الشركاء مهندساً تدخل أعمال المصنع فى اختصاصه الفنى ، فيتقدم بعمله شريكاً . ويصح أن يكون للشركة فرع فى جهة غير مقرها الأصلى ، فيقوم الشريك بإدارة هذا الفرع ، أو يقوم بالأعمال الفنية لهذا الفرع ، ويكون عمله فى الحالتين هو حصته فى رأس المال . كما يجوز أن يكون مدير الشركة الفنى شريكاً ، وحصته فى الشركة هى الإدارة الفنية التى يقوم بها[1] . ويلتزم الشريك

= ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قدم اقتراح بحذف عبارة «وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه . . .» إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ٥١٢ ، لأن فعل الشريك فى هذه الحالة يكون مخالفاً لالتزامه وموجباً لمساءلته بالتعويض ، فلا يكون ثمة محل لإيراد النص . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأنه مبنى على فهم غير صحيح للنص ، فالمقصود ليس حالة الشريك الذى يقدم نصيبه عملا ثم يعمل لحسابه لا لحساب الشركة ، بل المقصود حالة الشريك الذى يعمل لحساب الشركة فيقدم لها حساباً عن عمله . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٢ – ص ٣٢٤).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٢٠/٥١٢ : يجوز أن تكون الحصة فى رأس المال.. عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م ٤٨٠ (مطابق) – وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠٣ (مطابق) – وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٣٢ (موافق : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٠٢) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٦٠ : إن الشريك الذى التزم تقديم صنعته يلزمه أن يقوم بالأعمال التى وعد بها ، وأن يقدم حساباً عن جميع الأرباح التى جناها من تاريخ إبرام العقد بواسطة تلك الصنعة التى هى موضوع الشركة . على أنه لا يلزم بأن يدخل فى الشركة شهادات الاختراع التى حصل عليها ، ما لم يكن ثمة اتفاق مخالف (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) وقد يكون العمل هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين مما أورده الحكم من شرائط الاتفاق المحرر أن المحكمة كيفت العقد التكييف القانونى الصحيح إذ اعتبرته عقد شركة ، وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن =

فى جميع هذه الأحوال بأن يقوم بالأعمال التى أخذها على نفسه فى عقد تأسيس الشركة كحصته فى رأس المال بالعناية المألوفة التى يبذلها الرجل العادى فى مثل هذه الأعمال ، ويكون مسئولا عن تقصيره وفقاً للقواعد العامة[1] . وإذا كان مشترطاً عليه أن يتفرغ لهذه الأعمال ، لم يجز له أن يباشر عملا آخر إلى جانبها . وإذا كان له أن يقوم بعمل آخر ، لم يجز أن يكون هذا العمل من شأنه أن ينافس الشركة بحيث يضر بها . وإذا قام بالأعمال التى تعهد بها وكسب أجراً عليها من الغير ، وجب عليه أن يقدم للشركة حساباً عن هذا الأجر فهو من حق الشركة . وقد حرص المشرع أن يبين أن الشريك إذا كان أثناء قيامه بأعمال فنية للشركة كحصته فى رأس المال قد عثر على اختراع وكسب بذلك حق المخترع ، فإن هذا الحق لا يدخل فى الحصة ، بل يكون ملكاً خالصاً له ، وذلك ما لم تكن الشركة قد اشترطت عليه من قبل أن يدخل هذا الحق فى حصته فتكسب الشركة بهذا الاتفاق حق الشريك فى الاختراع[2] . ويلاحظ أنه يجب التمييز بين شريك يقدم حصته فى رأس مال الشركة عملا ، وبين عامل أو أجير للشركة يأخذ جزءاً من أجره مقداراً من أرباح الشركة . ففى الحالة الأولى يساهم الشريك فى أرباح الشركة وفى خسائرها ، فإذا خسرت

=نفسه حتى لقد قبل أن يكون المطعون عليها لقاءه النصف فى أرباح الشركة ، كما كتب لمدير الشركة مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح ، وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذى قامت به الشركة حصة قانونية بالإضافة إلى ما تتمتع به من سمعة تجارية ، فإن القول بعد هذا بأن العقد بلا سبب غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥ ص ٢١) .

(١) وإذا عجز الشريك عن العمل لمرض أو لأى سبب آخر ، اعتبرت حصته قد هلكت فتحل الشركة ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١١ مكررة) .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣ .

الشركة كانت مساهمته فى الخسارة عمله الذى قدمه للشركة إذ لا يأخذ عليه أجراً (انظر م ٥١٥ / ٢ مدنى وسيأتى بيانها[1]) . أما فى الحالة الثانية فالعامل أو الأجير يساهم فى الربح دون أن يساهم فى الخسارة ، إذ أن عمله فى الشركة له دائماً أجر معلوم ، وقد سبق بيان ذلك[2] .

المبحث الثانى

كيف يتعين نصيب كل شريك فى الربح أو فى الخسارة

١٨٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥١٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسارة ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال » .

« ٢ — فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة » .

« ٣ — وإذا كانت حصة أحد الشركاء على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وتنص المادة ٥١٥ على ما يأتى :

« ١ — إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا » .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٩١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

« ٢ — ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألاّ يكون قد تقرر له أجر على عمله »[1] .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٤٣٠ — ٤٣٤ / ٥٢٣ — ٥٣٠[2] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٢ فى المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب — وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترحت الاستعاضة بعبارة « يكون نصيبه بمقدار أقل الحصص » فى الفقرة الثالثة من المادة عن عبارة « وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل » ، لأن فى ذلك تقريراً لأحكام التقنين السابق وحسماً لأسباب المنازعات . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن فيه جحافا بحق الشريك الذى تكون حصته مقصورة على عمله . وقد يكون هذا العمل أهم ما فى الشركة ، وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعيب المقرر فى التقنين السابق الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات لأن هدف التشريع الأول ينبغى أن يكون عدالة الحكم أما هذا التيسير فيأتى فى الدرجة الثانية . وأقرت اللجنة النص دون تعديل ، ثم أقره مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٧ وص ٣٢٩ — ص ٣٣١) .

م ٥١٥ : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو لا يساهم فى خسائرها ، جاز إبطال عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذى حرم من المساهمة فى الأرباح أو بناء على طلب أى من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر . ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، على ألا يكون له أجر عما يقدمه من عمل » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل نص الفقرة الأولى من المادة تعديلا يجعل الجزاء البطلان المطلق لا عدم القابلية للإبطال فحسب ، إذ أن الشرط القاضى بعدم مساهمة الشريك فى الأرباح أو فى الخسارة يخالف النظام العام وينفى نية الشركة عند الشريك الذى يقبل هـذا الشرط ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٢ — ص ٣٣٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٣٠/٥٢٣ — ٥٢٤ : تعين فى سند عقد الشركة حصة —

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٨٢ - ٤٨٣ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠٥ - ٥٠٦ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٣٤ - ٦٣٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٩٤ - ٨٩٦[1] .

= كل شريك فى الأرباح ، فإذا لم يذكر ذلك فى العقد ، كانت حصة كل واحد منهم فى الأرباح بالنسبة لحصته رأس المال .

م ٤٣١/٥٢٥ : حصة الشريك الذى وضع عمله بصفة رأس مال مساوية لأقل حصة من حصص الشركاء الذين وضعوا حصصهم فى رأس المال عيناً .

م ٤٣٢/٥٢٦ : الشريك الذى وضع عمله بصفة رأس مال إذا وضع زيادة عليه رأس مال عيناً يستحق فى مقابلة ما وضعه من رأس المال العينى حصه من الربح نسبية .

م ٥٢٧ مختلط : ومع ذلك إذا انفسخت الشركة قبل انتهاء مدتها لا يستحق الشريك صاحب العمل فى قسمة رأس مال الشركة إلا حصة بنسبة ما مضى عن المدة .

م ٤٣٣/٥٢٨ : والحصة فى الخسارة مساوية للحصة المشترطة فى الربح ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

م ٤٣٤/٥٢٩ - ٥٣٠ : لا يجوز أن يشترط فى الشركة أن واحداً من الشركاء أو أكثر لا يكون له نصيب فى الربح أو يسترجع رأس ماله سالماً من كل خسارة . ولكن يجوز أن يشترط أن من دخل فى الشركة بعمله لا يشترك فى الخسارة بشرط ألا تترتب له أجرة عن عمله .

(وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن حصة الشريك إذا كانت عملا كانت تقدر فى التقنين السابق بقيمة أقل الحصص العينية ، أما فى التقنين الجديد فتقدر تبعاً لما تفيده الشركة من العمل . وتسرى أحكام التقنين السابق فى الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٢ - ٤٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٠٥ - ٥٠٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٣٤ (موافق) .

م ٦٣٥ (موافق ، فيما عدا أن الجزاء فى التقنين العراقى هو فسخ عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذى حرم من المساهمة فى الأرباح أو بناء على طلب أى من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر) . انظر فى القانون العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٠٤ وما بعدها . =

١٨٨ — التمييز بين فرضين : ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أنه يجب التمييز بين فرضين : أولا — إذا نص عقد الشركة على تعين نصيب كل شريك فى الربح والخسارة . ثانياً — إذا لم ينص العقد على ذلك .

وقبل أن نستعرض كلا من الفرضين تحسن الإشارة إلى أن توزيع الربح والخسارة بين الشركاء إذا لم يقع وقت قيام الشركة ، فإنه يقع حتما عند انحلال الشركة حيث يتبين ما إذا كان هناك ربح أو خسارة فيوزع ذلك أو هذه على الشركاء . على أنه جرت العادة بأن تعد ميزانية سنوية للشركة أثناء قيامها ، وما ينتج من ربح فى العام يوزع بين الشركاء[1] .

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٩٤ : إذا لم يعين فى عقد الشركة نصيب كل شريك من الأرباح والخسائر ، فيكون نصيب كل منهم مناسباً لما وضعه فى رأس مال الشركة . وإذا لم يعين فى العقد إلا النصيب من الأرباح ، فإن هذا التعيين يطلق على الخسائر ، والعكس بالعكس . أما الشريك الذى لم يقدم سوى صناعته ، فتعين حصته على نسبة ما يكون لهذه الصناعة من الأهمية بالنظر إلى الشركة . والشريك الذى قدم علاوة على صناعته نقوداً أو غيرها عن المقومات يحق له أن يتناول حصة مناسبة لما قدمه من هذين الوجهين .

م ٨٩٥ : إذا قضى العقد بمنح أحد الشركاء مجموع الأرباح ، كانت الشركة باطلة . وكل نص يعفى أحد الشركاء من الاشتراك فى دفع الخسائر يؤدى إلى بطلان الشركة .

م ٨٩٦ : تجرى أرباح الشركة وخسائرها بناء على الموازنة التى يجب تنظيمها مع قائمة الجرد فى آخر كل عام أو فى آخر كل سنة للشركة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وينص التقنين اللبنانى على وجوب تكوين مال احتياطى للشركة قبل تقسيم الأرباح على الشركاء ، فيقتطع قبل كل قسمة جزء من عشرين من الأرباح الصافية فى آخر السنة لتكوين هذا المال الاحتياطى حتى يبلغ خمس رأس المال . وإذا نقص رأس المال وجب أن يستكمل على قدر الخسارة بما يجنى من الأرباح فيما بعد . وتنقطع الشركة عن توزيع كل ربح على الشركاء إلى أن يعود رأس المال إلى أصله تماماً ، ما لم يقرر الشركاء إنزال رأس مال الشركة إلى المبلغ الموجود حقيقة (م ٨٩٧ لبنانى) . وبعد هذا الاقتطاع تصفى حصة كل شريك من الأرباح ويحق له عندئذ أن يأخذها ، فإذا تخلف عن أخذها أبقيت كوديعة له دون أن تزاد بها حصته فى رأس مال =

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « من أولى حقوق الشريك حقه فى المطالبة بنصيب فى الربح الصافى للشركة . ولكن متى يجوز للشريك أن يطالب بحقه فى الربح ! يقرر الشركاء عادة عند انحلال الشركة ما إذا كان هناك ربح أو خسارة ، ثم يحصل التوزيع : انظر م ٥٦٤ فقرة أولى من التقنين البولونى . على أنه جرت العادة أيضاً بأن تعمل ميزانية سنوية للشركة ، وما ينتج من ربح يوزع على الشركاء . وقد أقر التقنين البولونى (م ٥٦٤/٢) هذه العادة . على أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى لو لم يذكر شىء فى نظم الشركة ، ولذلك لم نر حاجة للنص عليه . كذلك بالنسبة للخسائر تقضى القواعد العامة بداهة بأنها توزع على الشركاء عند انحلال الشركة ، كما لا يقسم أى ربح بينهم إلا بعد تغطية الخسائر »[1] .

أولا – عقد الشركة ينص على تعيين نصيب كل شريك فى الربح والخسارة

١٨٩ – تعيين النصيب فى كل من الربح والخسارة : يعين عقد الشركة عادة نصيب كل شريك فى أرباح الشركة وفى خسائرها ، وعند ذلك توزع الأرباح والخسائر على الشركاء طبقاً لما تعين من ذلك فى عقد الشركة . وليس من الضرورى أن يتعين نصيب الشريك فى الربح معادلا لنصيبه فى الخسارة ، فقد يكون نصيب أحد الشركاء فى الخسارة أكبر

= الشركة ، ما لم يوافق بقية الشركاء موافقة صريحة على إضافتها إلى حصته ، وذلك كله ما لم يكن نص مخالف (م ٨٩٨ لبنانى) . وتنص المادة ٥١٣ من التقنين المدنى الليبى على أنه « يحق لكل شريك أن يتسلم نصيبه من الأرباح بعد التصديق على بيان الحسابات ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٨ – وانظر بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٨٩ – فقرة ٢٩٠ – فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٩٦ .

من نصيبه فى الربح إذا كان مثلا مديراً للشركة ، أو العكس . كذلك ليس من الضرورى أن يكون نصيب الشريك فى الربح أو فى الخسارة متناسباً مع قيمة حصته فى رأس المال أو متناسباً مع ما تفيده الشركة من هذه الحصة إذا كانت عملا ، بل يجوز أن يزيد النصيب أو ينقص عن ذلك[1] . وفى هذه الحالة قد ينطوى عقد الشركة على هبة غير مباشرة للشريك الذى زاد نصيبه فى الربح أو نقص نصيبه فى الخسارة ، وتكون الهبة صحيحة دون حاجة إلى ورقة رسمية لأنها هبة غير مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[2] .

١٩٠ — تعيين النصيب فى الربح وحده أو فى الخسارة وحدها :
وقد يقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك فى الربح وحده ، فعند ذلك يكون نصيبه فى الخسارة معادلا لنصيبه فى الربح ولو لم يكن متناسباً مع قيمة حصته فى رأس المال . ذلك أن تعيين النصيب فى الربح قرينة على أن هذا هو النصيب أيضاً فى الخساره ، إذ الربح يقابل الخسارة ومن العدل أن تكون مساهمة الشريك فى كل من الربح والخسارة بقدر واحد ما دام عقد الشركة لم ينص على اختلاف ما بين النصيبين[3] . وكذلك يكون الحكم فيما إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك فى الخسارة ،

---

(١) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ — ويجوز أيضاً أن يشترط الشريك ، فى علاقته بسائر الشركاء ، ألا يساهم فى الخسارة إلا بقدر حصته فى رأس المال ، ولكنه يبقى مسئولا نحو دائنى الشركة فى ماله الخاص ويرجع على شركائه (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٦) . ويجوز للشريك بعد حل الشركة وأثناء تصفيتها أن يتفق مع باقى الشركاء على أن يأخذ جزءاً من حصته ثم لا يكون مسئولا عن الخسائر (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦١ — وانظر بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٦٩ — فقرة ٢٧٠ .

(٣) استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٣ — استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٠ .

فإن هذا يكون هو أيضاً نصيبه فى الربح للاعتبارات المتقدمة الذكر . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٤ مدنى على هذه الأحكام صراحة ، فقد رأيناها تقول : « فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة » .

١٩١ — النص على عدم مساهمة الشريك فى الربح أو فى الخسارة — شركة الأسد : وقد قدمنا أن من مقومات عقد الشركة أن يساهم كل شريك فى أرباحها وفى خسائرها بنصيب ما ، وإلا كانت الشركة باطلة لأن نية الشركة تكون منتفية(١) . فإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك فى الربح ، فمعنى ذلك أنه يساهم فى الخسارة دون الربح ، فيكون عليه الغرم وليس له الغنم . أو نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك فى الخسارة ، فمعنى ذلك أنه يساهم فى الربح دون الخسارة ، فيكون له الغنم وعلى شركائه الآخرين الغرم(٢) . والشركة التى يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد (société léonine) ، وهى شركة باطلة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ مدنى صراحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها تقول : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا »(٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

(٢) ولو نص فى عقد الشركة أن شريكاً لا يساهم لا فى الربح ولا فى الخسارة ، فالشركة أيضاً باطلة ، لأن نية الشركة تكون منتفية عند هذا الشريك (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٦٦) . وذلك ما لم يعتبر هذا الشريك مقرضاً للشركة لا شريكاً .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يطابق هذا النص الحكم الحكم الوارد بالمادة ٥٢٩/٤٣٤ — ٥٣٠ من التقنين الحالى والسابق) ، وهو يقرر بطلان —

ومن ثم إذا نص عقد الشركة على أن أحد الشركاء لا يساهم فى الربح أو أن يكون نصيبه فيه تافهاً إلى حد أن يكون هذا النصيب غير جدى ، فإن الشركة تكون باطلة[١] . وتكون باطلة أيضاً إذا نص العقد على أن أحد الشركاء لا يساهم فى الخسارة أو أن يكون نصيبه فيها تافهاً إلى حد عدم الجدية[٢] . ولكن لا يعتبر الشريك معفى من الخسارة إذا كانت حصته فى رأس المال هى عمله ما دام لم يتقرر له أجر على هذا العمل ، إذ هو فى هذه الحالة يكون مساهماً فى الخسارة حتماً فقد قام بعمل لم يأخذ عليه أجراً وهذه هى خسارته[٣] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدنى صراحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها تقول : « ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألا يكون

= شركة الأسد . والحكم الوارد به نتيجة معقولة لطبيعة عقد الشركة : تعاون الشركاء لتحقيق عمل مشترك ونية المساهمة فى هذا العمل عن طريق قبول بعض الأخطار . فلا يجوز إذن الاتفاق على أن يستولى واحد أو أكثر من الشركاء على كل الأرباح ، أو ألا يتحمل نصيباً من الخسارة . ولا يلزم لتطبيق النص أن يكون الإعفاء منصباً على تحمل كل الخسارة أو الاستئثار بكل الربح كاملا ، بكل يكفى أن يكون نصيب الشريك فى الخسارة أو فى الربح تافهاً لدرجة يتبين معها أنه صورى . ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان العقد كله ، لأن الشروط الأساسية فى الشركة وحدة لا تتجزأ ، وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٣) .

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٢ .

(٢) استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٣ : ص ٢٤٤ – الزقازيق ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٦ ص ٧٨٥ – مصر الكلية ١٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٥ ص ١٠٤٣ – استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٢ .

ولكن يجوز أن يتعاقد الشريك مع أجنبى على تأمينه ضد الخسارة ، فإذا خسر ردت شركة التأمين له خسارته . أما إذا تعاقد الشريك مع شريك آخر على هذا التأمين ، فيرد الشريك الآخر إلى الشريك الأول الخسارة ، فإن هذا لا يجوز (أنسيكلوبيدى داللوز « لفظ société civile فقرة ١١٦) .

(٣) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٨٠ .

قد تقرر له أجر على عمله »[1] . أما إذا كانت حصة الشريك الانتفاع بمال أو بنقود ، فإنه لا يجوز ان يعفى من المساهمة فى الخسارة وإلا كانت الشركة باطلة ، لأن الشريك فى هذه الحالة يساهم فى الأرباح ، فإذا هو أعفى من المساهمة فى الخسائر شارك فى الغنم دون الغرم ، وهذه هى شركة الأسد[2] .

وشركة الأسد ، فى أية صورة من صورها ، باطلة كما قدمنا . والبطلان مطلق ، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه ، ولا ترد عليه الإجازة ، ولا يسرى فى حقه التقادم . وقد كان المشروع التمهيدى ينص على أن الشركة تكون قابلة للإبطال لمصلحة من يضار من الشركاء بشرط عدم المساهمة فى الخسارة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثانية من المادة ٤٣٤ مدنى (سابق ويقابلها م ٢/٥١٥ مدنى جديد) تشمل بعموم نصها من دخل الشركة بعمله فقط ومن يدخل بعمله مع حصة مالية . فلا تكون الشركة باطلة إذا اشترط من ساهم فيها بحصة مالية وعمل فنى إعفاء حصته المالية من أية خسارة ، لأنه فى هذه الحالة يكون قد تحمل فى الخسارة ضياع عمله الفنى بلا مقابل ، وهذا يكفى لتصحيح الشركة كنص تلك الفقرة . ولكن يشترط ألا يكون العمل الفنى تافهاً ، والعمل الذى يصح اعتباره حصة فى رأس مال شركة ما هو العمل الفنى كالخبرة التجارية فى مشترى الصنف المتجر فيه وبيعه (نقض مدنى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم إذ قضى بصحة عقد الشركة قد قرر أن المادة ٥٣٠ من القانون المدنى المختلط (الملغى) فشمل بعموم نصها من دخل الشركة بعمله فقط ومن دخل بعمله مع حصة مالية ، وأن الشركة لا تكون باطلة إذا اشترط من أسهم فيها بحصة مالية فوق عمله إعفاء حصته المالية من أية خسارة لأنه هذه الحالة يكون قد تحمل فى الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل ، فإن ما قرره هذا الحكم هو صحيح فى القانون (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥ ص ٢١ — أنظر أيضاً استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٣٠ ص ٨٧٧) .

(٢) أما الشريك الذى ساهم بالعمل فإنه يسترد فى الأصل قيمة عمله (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٦٣) ، فإذا أعفى من المساهمة فى الخسارة صح ذلك ، بشرط ألا يسترد قيمة عمله وألا يأخذ أجراً عليه . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٣) .

— وهم سائر الشركاء غير من أعفى من المساهمة فى الخسارة — أو لمصلحة الشريك الذى اشترط عليه عدم المساهمة فى الربح[١]. ولكن عدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ فجعل البطلان مطلقاً ، « إذ أن الشرط القاضى بعدم مساهمة الشريك فى الأرباح أو فى الخسارة يخالف النظام العام ، وينفى نية الشركة عند الشريك الذى يقبل هذا الشرط »[٢] .

ثانياً — عقد الشركة لا ينص على تعيين نصيب الشريك لا فى الربح ولا فى الخسارة

١٩٢ — تعيين نصيب الشريك فى الربح وفى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال : فإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك فى الربح أو فى الخسارة ، فالمفروض أن يكون نصيبه فى ذلك أو فى هذه بنسبة حصته فى رأس المال . وذلك يستلزم تقويم هذه الحصص ، فإذا لم تكن مقومة منذ البداية فى عقد الشركة ولم تكن من النقود ، تم تقويمها بالاتفاق ما بين الشركاء جميعاً ، فإذا اختلفوا قوم الخبراء حصة كل منهم . وعند الشك يفترض تساوى الأنصبة (م ٥٠٨ مدنى) ، ويمكن تصور ذلك إذا كانت الحصص كلها عبارة عن عمل يقدمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقويم الحصص ، أو قام شك فى هذا التقويم ، قسمت الأرباح والخسائر

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٧ فى الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٤ — ص ٣٣٥ — بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٨٨ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٣ — فقرة ١٠٤٤ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أبطلت المحكمة شركة لبطلان ما اشترط فى عقدها من أن صاحب الحصة الكبرى فى رأس المال لا يتحمل شيئاً فى الخسارة ، فتسوية حسابه هذه الخسارة تكون على قاعدة تقسيمها بين الشريكين بنسبة ما اتفقا عليه بشأن أرباحها (نقض ملف ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) .

بالتساوى بين الشركاء . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٤ مدنى على طريقة التوزيع هذه ، فقد رأيناها تقول : « إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال »[1] .

١٩٣ — نصيب الشريك فى الربح والخسارة إذا كانت حصته عملا :

وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك فى الربح والخسارة ، وكانت حصة هذا الشريك عملا يقدمه للشركة ، فقد سبق القول إن هذا العمل تقدر قيمته تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل ، وبقدر هذه القيمة تكون حصة الشريك فى رأس المال[2] . ومن ثم يكون نصيب الشريك فى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : «وتتعرض هذه المادة لكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء ، وقد اقتبسها المشروع من التقنين اللبنانى (م ٩٩٤) والتقنين التونسى (م ١٣٠٠) والتقنين المراكشى (م ١٠٣٣) ، مع مراعاة الصعوبات العملية التى واجهها القضاء . والنص مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، ولذلك لا يعمل به إلا فى حالة سكوت العقد عن ذكر شىء فى هذا الشأن . المبدأ العام هو توزيع الأرباح والخسائر بنسبة قيمة الحصص ، وذلك يستلزم تقديرها إذا لم تكن مقومة فى العقد ولم تكن من النقود . ويتم ذلك بمعرفة الشركاء أنفسهم أو الخبراء . . عند الشك يفترض تساوى الأنصبة ، ويمكن تصور هذه الحالة إذا كانت كل الأنصبة عبارة عن عمل يقدمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقدير الحصص ، أو قام شك فى هذا التقدير ، تقسم الأرباح والخسائر بالتساوى بين الشركاء والقضاء يقضى بهذا الحل ، رغم أن التقنين الحالى (السابق) لم ينص عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩) .

وإذا عين فى عقد الشركة نصيب بعض الشركاء فى الربح والخسارة وسكت العقد عن نصيب الآخرين ، فيبدو أن النصيب الذى عين فى العقد يعمل به ، وما بقى من ربح أو خسارة يقسم على باقى الشركاء الذين لم تعين أنصبتهم بنسبة حصة كل واحد منهم فى رأس المال .

(٢) فإذا أدى الشريك العمل مدة قيام الشركة قدر عمله طول هذه المدة ، وإذا انقضت الشركة قبل انتهاء مدتها أو انقطع الشريك عن العمل مدة من الزمن ، قدر عمله من المدة التى أدى —

الربح وفى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال مقومة على هذا النحو . وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٣١/٥٢٥) يقضى بأن يقوم العمل الذى قدمه الشريك حصة فى رأس المال بمقدار يساوى أقل حصة من الحصص العينية التى قدمها الشركاء ، وذلك حسما للنزاع فى تقويم العمل[1] . وقد اقترح فى لجنة الشيوخ إبقاء العمل بهذا الحكم ، ولكن اللجنة رفضت هذا الاقتراح « لأن فيه إجحافاً بحق الشريك الذى تكون حصته مقصورة على عمله ، وقد يكون هذا العمل أهم ما فى الشركة . وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعيب المقرر فى التقنين السابق الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات ، لأن هدف التشريع الأول ينبغى أن يكون عدالة الحكم ، أما هذا التيسير فيأتى فى الدرجة الثانية »[2] .

فإذا كان الشريك الذى قدم عمله حصة فى رأس مال الشركة قدم فوق ذلك نقوداً أو أى شىء آخر ، كان له نصيب فى الربح أو فى الخسارة عن عمله مقوماً على النحو المتقدم ، ونصيب آخر فى الربح أو فى الخسارة عما قدمه فوق عمله من نقود أو أى شىء آخر .

وقد وردت هذه الأحكام صراحة فى الفقرة الثالثة من المادة ٥١٤

= العمل فيها فعلا (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٧ ص ٣٢٤ – بودرى وثال ٢٣ فقرة ٢٦٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٣) .

(١) فإذا لم يكن فى الشركة غير شريكين أحدهما بحصة مالية والآخر بالعمل ، فإن المبدأ المتقدم الذكر يقضى بأن يكون نصيب كل شريك فى الربح مساوياً النصيب الآخر . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه قد جرت العادة إذ اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بإدارة الأعمال ، كان للأول ثلثا الأرباح وللثانى الثلث (٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٣٩ ص ٤٠٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ – ص ٣٢١ – انظر آنفاً فقرة ١٨٧ فى الهامش – وتسرى أحكام التقنين المدنى السابق على الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه »(١) .

الفرع الثالث

الشخصية المعنوية للشركة

١٩٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون » .

---

(١) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وأخيراً ، الشريك الذى يساهم بعمله تقدر حصته تبعاً لأهمية هذا العمل ، ويعطى نصيباً من الأرباح والخسائر يعادله . فإذا كان قد ساهم بماله وعمله فى الوقت نفسه ، كان له نصيب يعادل ما قدم من مال ومن عمل . هذا هو الحل الذى أورده المشروع . . . وهو على هذا النحو يتفادى ما وجه من نقد إلى نصوص التقنينات الفرنسية والإيطالية والهولندية والمصرية ، التى تقضى بأن نصيب الشريك الذى يساهم بعمله يكون مساوياً لنصيب أقل الشركاء حصة . كذلك يقطع هذا الحكم ما ثار فى الفقه من نزاع فى حالة تقديم الشريك ، علاوة على عمله ، ماله أيضاً ، فبعض الفقهاء يرى وجوب تقدير كل من العمل والمال ، وبعضهم يكتفى بتقدير المال أما العمل فيعتبر مساوياً لأقل الحصص . أما المشروع فإنه يقطع فى هذا النزاع ، ويقرر وجوب تقدير كل من المال والعمل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٩) — وانظر أيضاً بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٢٥٩ مكررة — بلانيول وريبير وليبانيير ١١ فقرة ١٠٤٧ — وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٣ .

« ٢ – ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وكان القضاء فى عهد هذا التقنين منقسما ، تارة يقرر للشركة المدنية الشخصية المعنوية ، وتارة ينكرها عليها[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ . تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً قانونياً ، غير أن هذه الشخصية وما يطرأ على عقد الشركة من تعديلات لا يحتج به على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات من النشر يكون من شأنها إحاطة الجمهور علما بعقد الشركة وما أدخل عليه من تعديل ، سواء أكان النشر عن طريق القيد فى السجل التجارى ، أم كان باستيفاء أى إجراء آخر يقرره القانون . ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة ، جاز للغير أن يعتبر لها الشخصية القانونية ، وأن يتمسك قبلها بعقد الشركة وما لحقه من تعديل ، ٢ – يترتب أيضاً على عدم استيفاء إجراءات النشر المقررة عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوى » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٤ – ص ٣٠٧) .

(٢) ولكن القضاء المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، قضى بعد تردد بأن الشركات المدنية تعتبر أشخاصاً معنوية : استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ – ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ – ٨ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٢ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ – ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٠ – ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ – جنح المنصورة الجزئية ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٤ – قارن استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٤ (بالنسبة إلى شركة مؤلفى الموسيقى وناشريها ، وقد تكون جمعية لا شركة) ، واستئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٩ ، واستئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ .

واستند القضاء المصرى فى إقرار الشخصية المعنوية للشركة إلى المواد ٤٢٩/٥٢٢ و٤٤١/٥٤٣ و٤٦١/٥٦٠ من التقنين المدنى السابق ، وتنص المادة الأخيرة على ما يأتى : « الدائنون للشركة مقدمون عند توزيع الثمن ودفعه على مداينى أشخاص الشركاء » ، وهذا دليل على أن =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٤ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى الليبى — ويقابل فى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٧ — ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

١٩٥ — الشركة المدنية بمجرد تكوينها تصبح شخصاً معنوياً : بسطنا فيما تقدم أركان الشركة ، فإذا توافرت هذه الأركان ، وانعقدت الشركة صحيحة ، كانت شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها .

ولم تكن الشخصية المعنوية للشركة المدنية محل اتفاق فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ لم يرد فى هذا التقنين نص صريح فى هذا المعنى . وكان الأمر على هذا الخلاف فى القانون المدنى الفرنسى ، فبعض الفقهاء فى فرنسا ينكر على الشركة المدنية الشخصية المعنوية(٢) . ولكن القضاء فى فرنسا

= الشركة شخصية معنوية يتقدم بمقتضاها دائنو الشركة على الدائنين الشخصيين للشركاء . انظر فى كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٣٥ — الأستاذ محمد كامل ملش فى الشركات فقرة ٥٧ ص ٧١ — ص ٧٢ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٧٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : لا مقابل . فالتقنين المدنى الليبى غير صريح فى إعطاء الشركة المدنية الشخصية المعنوية .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٧ (تطابق المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٩٠ من التقنين المدنى المصرى ، والأحكام متفقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل . ويبدو أن التقنين اللبنانى لا يعطى الشركة المدنية الشخصية المعنوية ، فقد ورد فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ من هذا التقنين ما يأتى : « ويكون رأس مال الشركة ملكاً مشتركاً بين الشركاء ، لكل منهم حصة شائعة فيه على نسبة ما قدمه من رأس المال » ، وورد فى المادة ٨٥٦ : « كل شريك مديون لسائر الشركاء بجميع ما وعد بتقديمه للشركة » .

(٢) بون ١ فقرة ١٢٦ — أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٠ — ص ١١ — ديمولوب ٩ فقرة ٤١٥ — لوران ٢٦ فقرة ١٨٩ — ليون كان ورينو ٢ فقرة ١٠٥ وفقرة ١٤٠ — جيوار فقرة ٢٤ وما بعدها — بودرى وفال ٢٣ فقرة ١١ .

أقر الشخصية المعنوية للشركة المدنية[1] ، مستنداً إلى نصوص فى التقنين المدنى الفرنسى تقيم الروابط مباشرة بين الشركة والشركاء لا بين الشركاء بعضهم ببعض[2] ، وكذلك إلى المادة ١٨٦٠ مدنى فرنسى وهى تحرم على الشريك إذا لم يكن مديراً للشركة أن يتصرف فى أموالها . وقد أذعن الفقه الفرنسى فى النهاية للقضاء ، وأصبح اليوم مسلماً بوجه عام فى القانون الفرنسى أن الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية[3] » .

أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد فليس هناك أى شك فى الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، إذ أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ السالفة الذكر تنص صراحة على أن « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً »[4] .

١٩٦ - النتائج التى تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية :

ويترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية نتائج هامة هى التى تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام . وقد نصت المادة ٥٣ مدنى فى

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ١٨٩١ - ١ - ٣٣٧ - ٢ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ - ١ - ١٦٩ - ٢ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ١٨٩٤ - ١ - ٤٨٣ - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ١٨٩٩ - ١ - ٥٩٣ .

(٢) بوجه خاص المواد ١٨٤٥ و١٨٤٨ و١٨٥٠ و١٨٥٢ و١٨٥٥ و١٨٥٩ ، و١٨٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٧ - فقرة ١٠١٧ مكررة - أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٩ وما بعدها - بيدان ١٢ فقرة ٤٣٣ - فورنييه فقرة ١٠ .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٥ - وقد ورد فى المادة ٥٢ من التقنين المدنى الجديد ما يأتى : « الأشخاص الاعتبارية هى : . . . (٤) الشركات التجارية والمدنية . . » وهذا النص يؤكد نص المادة ٥٠٦ مدنى السالف الذكر . كذلك قرر التقنين المدنى الجديد الشخصية المعنوية للجمعيات والمؤسسات (انظر م ٥٢ (٥) مدنى) .

هذا الصدد على ما يأتى : « ١ - الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك فى الحدود التى قررها القانون . ٢ - فيكون له : (أ) ذمة مالية مستقلة . (ب) أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون . (ج) حق التقاضى . (د) موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية . ٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته » .

فالشركة المدنية يكون لها نائب يعبر عن إرادتها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى إدارة الشركة . وهى فوق ذلك لها : (١) ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء (٢) أهلية فى كسب الحقوق واستعمالها (٣) حق التقاضى (٤) موطن خاص وجنسية معينة . فنستعرض هذه النتائج الأربع .

١٩٧ - الشركة المدنية ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء :
لا يعتبر المال المملوك للشركة - رأس المال ونماؤه - ملكاً شائعاً بين الشركاء ، بل هو ملك للشركة ذاتها إذ هى شخص معنوى كما قدمنا . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - يجب تمييز حصة الشريك فى الشركة عن مال الشركة ، فقد يكون مال الشركة عقاراً ومنقولا ، أما حصة الشريك فهى دائماً منقول[1] .

---

(١) والشريك لا يملك فى الشيوع مال الشركة مادامت الشركة قائمة ، فإذا انحلت كان مالكاً فى الشيوع ويستند أثر القسمة إلى وقت انحلال الشركة . أما لوكانت الشركة ليست لها شخصية معنوية ، فإن الشريك يعتبر مالكاً فى الشيوع لمال الشركة من وقت تكوينها ، فإذا انحلت وقسم المال استند أثر القسمة إلى وقت تكوين الشركة لا إلى وقت انحلالها (بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٤) . ولا يقف التقادم لمصلحة الشركة حتى لوكان بين الشركاء قاصر لاولى له ، لأن التقادم يسرى ضد الشركة وهى شخص معنوى لا ضد الشريك القاصر (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٣٢) .

ولدائنى الشركة الشخصيين حقوق على هذه الحصة[1] ، ولكن ليست لهم حقوق مباشرة على مال الشركة ، فلا يجوز لهم أخذ اختصاص أو رهن على مال الشركة ولا الحجز على هذا المال[2] . ولا يجوز للشريك غير المنتدب للإدارة التصرف فى مال الشركة .

٢ – لدائنى الشركة حق مباشر على مال الشركة ، فهم يستوفون حقوقهم من هـــذا المال دون أن يزاحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء[3] وإذا اشترط شريك أن يسترد حصته عيناً بعد حل الشركة ، فلا يحتج بهذا الشرط على دائنى الشركة ، ولهؤلاء أن يستوفوا ديونهم من حصة هذا الشريك حتى لو كانت هناك أموال أخرى غير هذه الحصة تنى بديونهم[4] .

٣ – لا تقع المقاصة بين دين شخصى على الشريك ودين للشركة . فإذا كان دائن شخصى للشريك مديناً للشركة ، لم يستطع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى له على الشريك والدين الذى عليه للشركة ، ذلك لأنه دائن

---

(١) كانت حصة الشريك تعتبر مالا معنوياً ، ولكن القضاء الفرنسى انتهى إلى اعتبارها حق دائنية (droit de créance) للشريك على الشركة (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٨ . ولكن يجوز لدائنى الشريك الحجز على نصيبه فى الأرباح تحت يد الشركة ، وإذا كانت حصة أحد الشركاء عقاراً مثقلا برهن ، بقى العقار مثقلا بالرهن حتى بعد انتقال ملكيته إلى الشركة ، وإذا أفلس أحد الشركاء أو أعسر انحلت الشركة فجاز لدائنى هذا الشريك التنفيذ على حصته بعد انحلال الشركة . ويجوز لدائن الشريك أن يطعن فى عقد الشركة بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها ، وكان الشريك قد أدخل حصته فى الشركة إضراراً بدائنيه . انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٨ .

(٣) وهذا لا يمنع من أن لدائنى الشركة حق الرجوع على الشركاء فى أموالهم الخاصة إذا لم تكف مال الشركة لوفاء حقوقهم : انظر م ٥٢٣ مدنى وسيأتى بيانها .

(٤) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢١ .

للشريك ومدين للشركة فهو دائن لشخص ومدين لشخص آخر[1] . وكذلك مدين الشريك لا يستطيع التمسك بالمقاصة فى دين له على الشركة .

٤ — يجوز للشركة أن تكون هى ذاتها شريكاً فى شركة أخرى ، دون أن يكون الشركاء فى الشركة الأولى شركاء فى الشركة الأخرى .

١٩٨ — أهلية الشركة المدنية فى كسب الحقوق واستعمالها : تستطيع الشركة المدنية أن تكسب الحقوق وأن تستعملها باعتبارها شخصاً معنوياً ، وذلك فى الحدود التى يعينها عقد تأسيس الشركة . فلها أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، شأن كل شخص معنوى . فتستطيع أن تتملك بعوض أو بغير عوض ، وأن تتصرف فى أموالها طبقاً للنظم المقررة فى عقد تأسيسها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى إدارة الشركة .

ولا فرق فى ذلك بين المعاوضات والتبرعات ، فكما تستطيع الشركة المدنية أن تشترى مالا من غيرها وأن تبيع مالا إلى غيرها ، تستطيع كذلك فى حدود نظمها المقررة أن تهب مالا لغيرها وأن تتهب مالا من

---

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٧٥ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاصة القانونية لا تجوز فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧) . والضريبة المستحقة على الأرباح التى تخص كل شريك لا تلزم الشركة ، والشريك وحده هو المسئول عنها (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥٣ ص ٤٦١) . ولا تقع المقاصة بين دين فى ذمة شريك لشريك آخر وحق للشريك المدين فى ذمة الشركة (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣) . ولكن يجوز لمدين الشركة أن يطلب الحكم ببطلانها إذا كانت مصلحته فى هذا الطلب ، ويكون هذا فى حالة المقاصة بين دينه ودين له على أحد الشركاء ، ولا تقع المقاصة الحتمية إلا إذا زالت شخصية الشركة بالبطلان وبذلك تزول العقبة وتقع المقاصة (أسيوط الكلية أول مارس سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٦) .

غيرها[١] . وقد ذهب رأى فى فرنسا[٢] إلى أن الشركة المدنية ليست أهلا لقبول التبرعات لأن هذا التصرف يخرج عن دائرة نشاطها ، ولكن هذا الرأى لم يتغلب ، والرأى الغالب هو جواز قبول الشركة للتبرعات فقد يعينها ذلك على نشاطها إلى حد كبير[٣] .

ولم ينص التشريع على قيود بالنسبة إلى الشركات كما كان ينص على هذه القيود بالنسبة إلى الجمعيات. فقد كانت المادة ٥٧ مدنى تنص على أنه « ١ — لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ٢ — ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى ، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٧٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن ينص فى مرسوم اعتبار الجمعية هيئة تقوم بمصلحة عامة على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها فى المادة ٥٧ مدنى . فهذه النصوص كلها كانت قد وردت فى خصوص الجمعيات ، أما الشركات المدنية فلا قيود عليها فى تملك المنقولات والعقارات بعوض أو بغير عوض ، فيما عدا القيود التى تفرضها عليها نظمها المقررة[٤] .

١٩٩ — حق التقاضى : وللشركة المدنية حق التقاضى باعتبارها شخصاً معنوياً . فترفع الدعاوى على الغير أو على الشركاء ، كما ترفع عليها

---

(١) ولا تتقيد فى ذلك إلا بمبدأ التخصص (principe de la spécialité) المقرر بالنسبة إلى كل شخص معنوى (جوسران ٢ فقرة ١٣٢٦) .

(٢) لابيه : جورنال دى باليه ١٨٨١ — ١٢٣٣ .

(٣) تاليروبرسيرو فقرة ٣٠٢ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٢ .

(٤) انظر فى عدم المسئولية الجنائية محكمة جنح الإسكندرية المختلطة ٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ .

الدعاوى من الغير أو من الشركاء[1] . ويمثلها فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها نائبها ، وذلك دون حاجة إلى إدخال الشركاء كلهم أو بعضهم فى الدعوى ، إذ أن شخصيتها متميزة عن شخصية الشركاء فيها[2] . وترفع الدعاوى عليها فى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطنها ، وسنرى الآن أن للشركة المدنية موطناً وجنسية .

٢٠٠ — موطن الشركة وجنسيتها : وللشركة المدنية ، ككل شخص معنوى ، موطن (domicile) هو المكان الذى يوجد فيه مقرها الرئيسى أو مركز إدارتها ، ويسمى عادة بمقر الشركة (siège social) . وفى المحكمة التى يوجد فى دائرتها هذا الموطن تقاضى الشركة كما قدمنا ، لا فى

---

(١) وهذا لا يمنع من أن يقاضى الشركاء بعضهم بعضاً ، ومن أن أغلبية الشركاء تقيد الأقلية فى قراراتها . وليس للشخصية المعنوية دخل فى ذلك ، بل هذا يرجع إلى عقد تأسيس الشركة ذاته (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٢١) .

(٢) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٣ ص ٦٠٠ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٦ ص ٥٩٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضحاً بعريضة الاستئناف المرفوع من شركة اسم هذه الشركة ومركز إدارتها ، فإن ذلك كاف لصحة عريضة الاستئناف ، ولا مخالفة فيه لنص المادة ١٠/٢ مرافعات ، ويكون الحكم قد أخطأ فى القانون إذ قضى ببطلان صحيفة الاستئناف استناداً إلى أنه ينقصها اسم من يمثل الشركة المستأنفة (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٦ ص ٣٥٦) . وكذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين من مطالعة أوراق الطعن أن الطاعن كان ماثلا فى الدعويين الابتدائية والاستئنافية باعتباره ممثلا للشركة وأنه أصدر توكيل الطعن إلى محاميه وأشار فى تقرير طعنه إلى موضوع النزاع مما يكشف عن قصده الطعن فى الحكم المطعون فيه والصادر عليه بصفته المذكورة ويجعل هذا البيان كافياً لتحقق الغرض الذى قصده الشارع ، فإنه لا يكون ثمة محل للدفع بعدم قبول الطعن شكلا لرفعه من غير ذى صفة باعتبار أن الطعن مرفوع من الطاعن بصفته مديراً للشركة لا بصفته ممثلا لها (نقض مدنى ١٩ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٢ ص ٥٧٩) . انظر أيضاً استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٦ .

فإذا انحلت الشركة بطل تمثيلها ، ووجب استئناف إجراءات التقاضى ضد المصفى (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٦٥) .

الدعاوى التى ترفع عليها من الغير فحسب ، بل أيضاً فى الدعاوى التى ترفعها هى على أحد الشركاء وفى الدعاوى التى يرفعها شريك على شريك آخر . وقد نصت المادة ٥٨ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارتها ، سواء أكانت الدعوى على الشركة أم الجمعية أم المؤسسة أم من الشركة أم الجمعية على أحد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر . ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا النوع » . وإذا أعلنت الشركة تسلم صورة الإعلان بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها (م ١٤ مرافعات)(١) .

وللشركة المدنية جنسية لا ترتبط بجنسية الشركاء(٢) ، وتكون جنسيتها عادة هى جنسية الدولة التى اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسى . فالشركات المدنية التى أسست فى الخارج واتخذت مركز إدارتها فى إقليم دولة أجنبية تعتبر شركات أجنبية ، ويسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » .

---

(١) نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٠ ص ٦٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٩ .

٢٠١ — الاحتجاج بالشخصية المعنوية على الغير — وجوب استيفاء إجراءات النشر : وكل ما قدمناه من نتائج تترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية يسرى فى علاقة الشركة بالشركاء وبالغير ممن يتعامل معها وبدائنيها . إذا كان الغير أو الدائنون هم الذين يحتجون على الشركة بشخصيتها المعنوية ، كما إذا كان من يتعامل مع الشركة يحتج عليها بالعقد الذى أبرمه معها باعتبارها شخصاً معنوياً . وكما إذا كان دائن الشركة ينفذ على أموالها فلا يزاحمه الدائنون الشخصيون للشركاء باعتبار أن الشركة شخص معنوى متميز فى ماله عن الشركاء . ولا تستطيع الشركة فى جميع هذه الأحوال أن تحتج على الشركاء أو على الغير أو على الدائنين بأنها لم تستوف إجراءات النشر المقررة ، إذ هى تعتبر شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها دون حاجة إلى استيفاء أى إجراء للنشر كما سبق القول . وكذلك الحال إذا احتجت الشركة بشخصيتها المعنوية على الشركاء ، فإنها تستطيع ذلك دون حاجة لاستيفاء إجراءات النشر ، إذ الشركاء هم المكلفون بالقيام بهذه الإجراءات ، فإذا أهملوا لم يجز لهم أن يفيدوا من إهمالهم .

أما إذا أرادت الشركة أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ممن يتعامل معها أو على الدائنين لها ، كأن ترفع عليهم دعاوى باعتبارها شخصاً معنوياً ، جاز لهؤلاء جميعاً أن يتجاهلوا أن للشركة شخصية معنوية إلى أن تستوفى إجراءات النشر فيدفعوا بعدم قبول الدعوى المرفوعة منها ، ويجب فى هذه الحالة أن يرفع الدعوى جميع الشركاء ويكون مال الشركة مالا شائعاً بين الشركاء . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ مدنى تقول كما رأينا : « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون » . فالنص يفترض أن قانوناً يصدر ينظم إجراءات للنشر يجب على

الشركات المدنية استيفاؤها حتى تستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير . وقد كان المشروع التمهيدى للنص يجيز لاستيفاء إجراءات النشر هذه القيد فى السجل التجارى[1] ، ولكن النص عدل فى لجنة المراجعة[2] . فأصبح من الواجب تنظيم إجراءات للنشر خاصة بالشركات المدنية تنظيما تشريعياً . ولما كان هـــذا القانون الذى ينظم إجراءات النشر للشركات المدنية لم يصدر حتى الآن ، فلا سبيل لهذه الشركات أن تستوفى إجراءات النشر اللازمة ، ومن ثم لا تستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ، ولا بد من انتظار صدور هذا القانون حتى يتم تنظيم الشخصية المعنوية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه لما كان قيام الشركة يهم الغير العلم به كما يهمه أيضاً العلم بما قد يطرأ على عقد الشركة من تعديلات تمس مصالحه ، كتعديل مدة الشركة أو اسمها التجارى أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها ، وجب استيفاء إجراءات النشر وفقاً للأشكال والمواعيد التى يحددها قانون السجل التجارى أو نص قانون آخر ، ويكون من شأنها إحاطة الجمهور علما بعقد الشركة وما أدخل عليه من تعديل . أما عن جزاء عدم القيام بهذه الإجراءات ، فلم يقرر المشروع بطلانا من نوع خاص فى هذه الحالة ، وإنما قرر وفقاً للقواعد العامة عدم إمكان الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما يدخل عليه من تعديلات. على أنه لما كان المقصود هو حماية الغير ، وجب أن يترك له وحده تقدير ما إذا كانت مصلحته أن يحتج بعدم استيفاء إجراءات النشر لأن له فائدة فى ذلك ، أم يتمسك بالشخصية القانونية للشركة ويحتج قبلها بالعقد وما لحقه من تعديل : م ١٢ من قانون الشركات البلجيكى . وأخيراً ، لإجبار الشركاء على استيفاء إجراءات النشر ، اقتبس المشروع فى الفقرة الثانية (وقد ألغيت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة : انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش) وسيلة قررها قانون الشركات البلجيكى (م ١١) وجاءت بأحسن النتائج من الناحية العملية ، تلك هى عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوى إلا إذا أثبتت أن إجراءات النشر قد تمت ، ويكفى لذلك أن يذكر فى إعلان الدعوى رقم قيدها فى السجل التجارى . ولكل شخص رفعت ضده الدعوى أن يدفع بعدم قبولها لأن إجراءات النشر لم تتم ، ويترتب على ذلك إيقاف الدعوى وعدم جواز السير فيها من جديد إلا بعد أن تثبت الشركة قيامها بإجراءات النشر. تلك هى الوسائل التى قررها المشروع لضمان نشر الشركات ، وهى تعد ضمانات لها أهمية أساسية من الناحية الاقتصادية والمالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش .

للشركات المدنية . غير أنه مما يخفف من عيوب هذا النقص أن الفقرة الثانية من المادة ٥٠٦ مدنى تنص كما رأينا على ما يأتى : « ومع ذلك للغير إذا لم تتم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » . فجاز إذن أن يترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، دون أن تستوفى إجراءات النشر ، جميع النتائج فى أكثر الأحوال العملية التى تتعامل فيها الشركة ، على النحو الذى سبق بيانه .

وقد رأينا فيما قدمناه[1] أنه لا يجوز للشركة أن تحتج على الغير ببطلانها لخلل فى الشكل ، كأن تنعقد بغير ورقة مكتوبة . ونرى من ذلك أن الشركة الباطلة شكلا والتى لم تستوف إجراءات النشر لا تستطيع أن تحتج على الغير لا ببطلانها ولا بعدم استيفائها لإجراءات النشر ، بل يجوز للغير أن يعتبرها شركة واقعية ذات شخصية معنوية وأن يرتب على ذلك جميع النتائج التى تترتب على الشخصية المعنوية على النحو الذى قدمناه .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

الفصل الثاني

أحكام الشركة

٢٠٢ — إدارة الشركة وأثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء : متى انعقدت الشركة المدنية صحيحة وكسبت شخصيتها المعنوية على النحو الذى قدمناه ، وجب أن يترتب على عقد الشركة أحكامه . وتظهر هذه الأحكام : (أولا) فى إدارة الشركة (ثانياً) فى أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء .

الفرع الأول

إدارة الشركة

٢٠٣ — حالتان — تعيين من يدير الشركة أو عدم التعيين : قد يعين الشركاء بالاتفاق فيما بينهم من يدير الشركة ، وقد يسكتون عن ذلك . فنستعرض كلا من الحالتين .

المبحث الأول

تعيين من يدير الشركة

٢٠٤ — كيف يكون التعيين : قد يكون تعيين من يدير الشركة منصوصاً عليه فى عقد تأسيس الشركة ذاته باتفاق الشركاء جميعاً ، فيقع الاختيار على شريك أو أكثر ينتدبون للإدارة أو على أجنبي غير شريك (gérant statutaire) . وقد يأتى تعيين من يدير الشركة بعد ذلك باتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فيتفق الشركاء جميعاً على شريك أو أجنبي ،

واحد أو أكثر ، لإدارة الشركة (gérant mandataire)[1] . ويكون المدير أو المديرون بأجر أو بغير أجر .

٢٠٥ — جواز عزل من يدير الشركة — نص قانوني : وقد نصت المادة ٥١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص فى عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولا يجوز عزل هـذا الشريك من الإدارة دون مسوغ ، ما دامت الشركة باقية » .

« ٢ — وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقاً لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز فى التوكيل العادى » .

« ٣ — أما المديرون من غير الشركاء فهم دائماً قابلون للعزل »[2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما عن طريقة تعيين المدير ، فهو إما أن يعين بنص خاص فى عقد الشركة ، وإما أن يتم تعيينه باتفاق لاحق للعقد . والشرط اللازم فى الحالتين هو رضاء جميع الشركاء . لأن التعيين بالنسبة للمدير المعين بالعقد هو جزء من الاتفاق ، ويجب رضاء جميع الشركاء به ، وكذلك بالنسبة للمدير المعين باتفاق لاحق لابد من إجماع الشركاء عليه ، لأن الاتفاق الجديد يتضمن خروجاً على العقد الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع نص التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظياً فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٧ ، وص ٣٣٩ — ص ٣٤٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٤٣٥/٥٣١ و ٤٣٦/٥٣٢ و ٤٣٧/٥٣٣ — ٥٣٤[1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٨٤ — وفى التقنين المدنى الليبي م ٥١٠ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٣٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٨٣ — ٨٨٥ وم ٨٩١ — ٨٩٢[2] .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣٥/٥٣١ : يجوز للشركاء أن يعينوا مديراً للشركة ، واحداً أو أكثر .

م ٤٣٦/٥٣٢ : والمديرون الذين ليسوا شركاء يجوز دائماً عزلهم .

م ٤٣٧/٥٣٣ — ٥٣٤ : والمديرون الشركاء يجوز عزلهم إذا لم يعينوا للإدارة فى عقد الشركة ، ومع ذلك فالمديرون الشركاء المعينون للإدارة فى العقد يجوز عزلهم أيضاً لأسباب قوية أو إذا كانت الشركة شركة مساهمة .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م ٤٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ٥١٠ : ١ — لا يجوز دون سبب معقول عزل الشريك المنتدبه للإدارة فى عقد الشركة . ٢ — أما إذا كان انتداب الشريك للإدارة بموجب إجراء لاحق ، فالانتداب خاضع للفسخ حسب أحكام الوكالة . ٣ — ويجوز لكل شريك أن يطلب إلى القضاء العزل ، إذا تبين سبب معقول .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى . ولم ينص التقنين الليبى على جواز عزل الأجنبى المنتدبه للإدارة كالوكيل العادى ، ولكن هذا حكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٣٦ (موافق — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ ومابعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٨٣ : يجوز أن يعهد فى الإدارة إلى مدير أوعدة مديرين وأن يعينوا من غير أعضاء الشركة . غير أنه لا يجوز تعيينهم إلا بالغالبية التى يوجبها عقد الشركة لقراراتها .

م ٨٨٤ : يجوز للشريك الذى عهد إليه فى إدارة الشركة بمقتضى العقد أن يقوم ، على الرغم من معارضة بقية الشركاء ، بجميع الأعمال الإدارية حتى أعمال التصرف الداخلة فى موضوع الشركة ، وفاقاً لما نص عليه فى المادة ٨٨٧ ، بشرط ألا يكون ثمة غش وأن تراعى القيود الموضحة فى العقد الذى منح السلطة بمقتضاه .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدير الشركة إذا كان أجنبياً يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل ، لأنه لا يعدو أن يكون وكيلا عن الشركة ، وذلك سواء كان التعيين منصوصاً عليه فى عقد تأسيس الشركة أو حاصلا باتفاق لاحق . أما إذا كان المدير شريكاً ، فإن كان معيناً فى اتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فكذلك يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل . وإن كان معيناً فى عقد تأسيس الشركة ، لم يجز عزله إلا إذا كان هناك مسوغ للعزل من خيانة أو سوء إدارة أو عجز أو تقصير كبير[1] . ذلك أن تعيينه

م ٨٨٥ : إن المدير الذى يعين من غير الشركاء تكون له الحقوق المعطاة للوكيل بمقتضى المادة ٧٧٧ ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٨٩١ : لا يجوز عزل المديرين المعينين بمقتضى عقد الشركة إلا لأسباب مشروعة وبقرار يتخذ باتفاق جميع الشركاء . غير أنه يجوز أن يمنح عقد الشركة هذا الحق للغالبية أو ينص على أن المديرين المعينين بمقتضى العقد يمكن عزلهم كما يعزل الوكيل . ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو جملة منهم مخالفة هامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها . ولا يجوز من جهة أخرى للمديرين المعينين بمقتضى عقد الشركة أن يعدلوا عن وظائفهم لغير مانع مقبول شرعاً ، وإلا كانوا ملزمين ببدل العطل والضرر للشركاء . أما إذا كان عزل المديرين منوطاً بمشيئة الشركاء ، فيمكنهم أن يعدلوا عن وظائفهم على الشروط الموضوعة للوكيل .

م ٨٩٢ : إن المديرين الشركاء إذا لم يعينوا بمقتضى عقد الشركة ، كانوا قابلين للعزل كالوكلاء ، غير أنه لا يمكن تقرير عزلهم إلا بالغالبية اللازمة للتعيين . ويحق لهم من جهة أخرى أن يعدلوا عن القيام بوظائفهم على الشروط الموضوعة للوكلاء . وتطبق أحكام هذه المادة على المديرين غير الشركاء .

م ٨٩٣ : إذا لم يقرر شيء فيما يختص بإدارة أعمال الشركة . عدت شركة محدودة .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وينص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٨٩٤/٣) على ما يأتى : « ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو جملة منهم مخالفة هامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها » (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وإذا كان الشريك منتدباً للإدارة فى عقد تأسيس الشركة ، فلم يجز عزله إلا لمسوغ ، كذلك =

فى عقد تأسيس الشركة يجعل هذا التعين جزءاً من نظامها له نفس الثبات والاستقرار(١) .

وليست هذه الأحكام من النظام العام ، فيجوز الاتفاق بين الشركاء على أن يكون الشريك المعين مديراً فى عقد تأسيس الشركة جائز العزل كالوكيل العادى ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الشريك المعين مديراً باتفاق لاحق ، أو الأجنبى المعين مديراً فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، غير جائز العزل كالوكيل العادى ، بل يجب لعزله أن يكون هناك مسوغ للعزل على النحو الذى قدمناه .

أما عزل الشريك المنتدب للإدارة فى عقد تأسيس الشركة لمسوغ من مسوغات العزل ، فيجوز أن ينفرد بطلبه أحد الشركاء فيرفع الأمر إلى القضاء ليقرر هل هناك مسوغ كاف للعزل . وإذا عزل الشريك المنتدب

= لا يجوز له هو أيضاً أن يتنحى عن الإدارة إلا لمسوغ . أما من يجوز عزله كالوكيل من المديرين – الأجنبى والشريك المعين باتفاق لاحق – فيجوز لهم التنحى عن الإدارة كالوكيل (انظر فى هذا المعنى المادتين ٨٩١ – ٨٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش – بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٩٨ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٣٠٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما الشريك الذى يعين مديراً بالعقد ، فلا يجوز عزله إلا لسبب مشروع يبرر فسخ الاتفاق على التعيين ، كالإخلال بالالتزامات أو أعمال الخيانة أو عدم المقدرة على العمل ، لأن الاتفاق على تعيين المدير هو جزء من عقد الشركة يأخذ حكمه من حيث الإلزام . فإن كان المدير المعين من غير الشركاء جاز عزله دائماً ، لأن علاقة هذا المدير بالشركاء لم تخرج عن كونها وكالة يجوز الرجوع فيها طبقاً للقواعد العامة ، ولذلك تقرر الفقرة الثالثة جواز عزل المديرين من غير الشركاء دائماً ، وهو نفس الحكم الوارد بالمادة ٤٣٦/٥٣٢ من التقنين الحالى (السابق) . وعلى هذا النحو يضع المشروع حداً للنزاع القائم فى الفقه والقضاء . أما المدير العادى المعين باتفاق لاحق ، فهو وكيل عادى يجوز عزله بمحض الإرادة طبقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨) .

للإدارة فى هذه الحالة ، بقيت الشركة قائمة بالرغم من عزله ، وللشركاء أن يتفقوا على تعيين مدير آخر ، أو توكل الإدارة إلى كل شريك على النحو الذى سنراه عندما لا يكون هناك اتفاق على تعيين من يدير الشركة[1] .

وعزل الشريك المنتدب للإدارة باتفاق لاحق ، وكذلك عزل الأجنبى المنتدب للإدارة سواء فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، لا حاجة فيه إلى رفع الأمر إلى القضاء ، بل يجوز للشركاء أنفسهم أن يقرروا العزل ولو لم يستندوا فى ذلك إلى مسوغ كما سبق القول . ويتضمن نظام الشركة فى العادة نصاً يبين هل يقع العزل باتفاق الشركاء جميعاً أو بقرار الأغلبية أو بطلب واحد منهم فقط . فإذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً فى هذا المعنى فالظاهر أن القرار يصدر بالأغلبية العددية للشركاء (انظر م ٥١٨ مدنى)[2] . وهناك من يذهب إلى أن القرار يجب أن يصدر بالإجماع[3] ، كما أن هناك من يذهب إلى أن واحداً من الشركاء فقط يكفى لإيقاع العزل لأن وكالة المنتدب للإدارة يجب أن تكون عن الجميع فإذا نقض

---

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٩٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥٠ — بلانيول وريبير ولبيارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٣٠٠ — ريبير فى القانون التجارى فقرة ٧٣٦ — ثارن پون فقرة ٥٠٨ د — فورنييه فقرة ٦٤ ص ٧٧ — جيوار فقرة ٥٣٤ — ليون كان ورينو وأميو ٢ فقرة ٥٠٨ مكررة — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٣ هوامش ١ — ٥ ص ٥٠ — جيوار فقرة ١٣٥ — تاليروبرسير و فقرة ٤٠٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٨٦ — هوبان وبوسفيه ١ فقرة ١٧٣ — پون فقرة ٥١١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ société civile فقرة ٢٠٣ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٣٠٦ .

أحد الشركاء الوكالة انقضت بالنسبة إلى الجميع[1] . وإذا عزل المنتدب للإدارة ، بقيت الشركة قائمة تدار على النحو الذى قدمناه فى عزل الشريك المنتدب للإدارة فى عقد تأسيس الشركة[2] .

٢٠٦ - سلطات من يدير الشركة إذا كان واحداً : وإذا كان من يدير الشركة واحداً ، سواء كان شريكاً أو أجنبياً ، وسواء عين فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، فإن له أن ينفرد بإدارة الشركة . ويتضمن نظام الشركة عادة نصوصاً تحدد سلطات من يدير الشركة ،

---

(١) ديرانتون فقرة ٤٣٤ - تروبلونج فقرة ٦٨٠ - بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٩٦ - وانظر فى الخلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٨٥ .

على أنه إذا كان هناك مبرر للعزل ، جاز لأحد الشركاء أن يطلب من القضاء عزل المدير ، والقضاء يفصل فيما إذا كان المبرر كافياً للحكم بالعزل - هذا والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تذهب إلى أنه لا يجوز عزل المدير حيث يكون قابلا للعزل إلا بإجماع الشركاء أو على الأقل بموافقة الذين قاموا بالتعيين ، فتقول فى هذا الصدد : « ويحدد عقد الشركة عادة من له الحق فى عزل المدير ، فإذا سكت العقد وجب بالنسبة للمدير الشريك المعين بالعقد أن يقرر القاضى ، بناء على طلب واحد أو أكثر من الشركاء ، وجود سبب شرعى يبرر عزله . أما المدير من غير الشركاء المعين بالعقد وكذلك المدير العادى ، فيجوز عزلها بمجرد إرادة الشركاء دون حاجة لتدخل القضاء . إنما يلزم إجماع الشركاء ، أو على الأقل موافقة الذين قاموا بالتعيين . على أنه إذا كان هناك مبرر شرعى للعزل ، جاز لأحد الشركاء وحده أن يرفع دعوى قضائية بطلب العزل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يترتب على عزل المدير انحلال الشركة ، وإلا التزم الشركاء بالاحتفاظ بمدير خائن أو غير كفء تفادياً لانحلال شركة ناجحة . ثم إن الأمر لا يتعدى مجرد إنهاء الوكالة المعطاة للمدير ، فيكون للشركاء إذن إما إدارة الشركة جماعة طبقاً للقواعد العامة أو تعيين مدير جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨) .

فيجب التزام هذه النصوص ، وعلى من يدير الشركة ألاّ يجاوزها فى أعمال إدارته[1] .

أما إذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً فى هذا الصدد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٦ مدنى كما رأينا على أن للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص فى عقد الشركة — ومثله الأجنبي وكذلك من يعين للإدارة باتفاق لاحق شريكاً كان أو أجنبياً[2] — « أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش » . فالمفروض إذن أن الشركاء ، عندما عينوا من يدير الشركة ، أنهم أعطوه السلطة الكافية لتحقيق أغراض الشركة ، من أعمال إدارة وأعمال تصرف[3] . فإذا كانت الشركة مثلا شركة للنشر ، كان لمديرها أن يتعاقد مع المؤلفين وأن يقوم بالأعمال اللازمة لنشر المؤلفات من طبع وتوزيع ، وأن يقوم بالتصرفات

---

(١) فالقرار الصادر باتفاق عدد كبير من أعضاء طائفة رؤساء البوغاز بمنح أحد زملائهم الذى استقال معاشاً كاملا ، مخالفين فى ذلك قانون الطائفة ، لا ينفذ على الأعضاء الذين لم يشتركوا فى إصداره (استئناف وطنى أول أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٦ ص ١١٠) .

(٢) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٣٠١ — فورنييه فقرة ٦٧ ص ٧٨ .

(٣) ومتى وقع المدير بهذه الصفة على سند دين التزمت به الشركة (نقض مدنى ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٣ ص ١٣٥٧) . وإذا وقع الشريك المدير باسمه على تعهد من التعهدات دون بيان عنوان الشركة ، فإن ذلك لا يترتب عليه بمجرده إعفاء الشركة من الالتزام ، وإنما تقوم قرينة على أن الشريك المدير يتعامل فى هذه الحالة لحسابه الخاص ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس بطرق الإثبات كافة بما فيها القرائن نفسها (الحكم السابق) . وإذا لم يجاوز المدير حدود سلطته ولكنه أساء استعمالها لمصلحته الشخصية وكان الغير الذى تعامل معه حسن النية ، فإن عمل المدير يلزم الشركة (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٠ — ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٨) . ولا يلزم العمل الشركة إذا كان الغير سيىء النية (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٨) .

القانونية اللازمة لإنجاز هذه الأعمال . وإذا كانت الشركة لشراء العقارات وبيعها ، كان للمدير أن يشترى العقارات باسم الشركة وأن يبيعها باسمها ؛ ولكن لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة ، فلا يجوز له أن يبيع عقاراً للشركة أو يرهنه أو يقترض ، إذا لم يكن هذا التصرف ضرورياً لتحقيق أغراض الشركة . كما لا يجوز له أن يهب أموال الشركة[1] أو يتنازل عن ضمان أو يبرئ مديناً من الدين أو يعقد صلحاً أو تحكيماً أو يغير مقر الشركة إلا باتفاق الشركاء جميعاً[2] ؛ ويدخل فى أعمال الإدارة الموكولة إلى المدير أن يقبض حقوق الشركة ، وأن يشطب الرهون بعد قبض الحقوق المضمونة بها ، وأن يقاضى مدينى الشركة ، وأن يقوم بالترميمات الضرورية فى عقارات الشركة وبما يلزم لجعل هذه العقارات صالحة لأغراض الشركة دون أن يقوم بأعمال أو بناء فيها لا يكون ضرورياً لتحقيق هذه الأغراض[3] . ولا يجوز للمدير أن يفوض

---

(١) ولكن إعطاء الهدايا المألوفة ومنح المكافآت للموظفين والعمال مما يقربه العرف جائز (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٠٣) .

(٢) جيوار فقرة ١٢٤ مكررة — بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٠٤ — فورينيه فقرة ٦٧ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ .

(٣) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٠٥ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ — وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٣٩/٥٣٦) ينص على أنه « ليس للمديرين ولو باتحاد آرائهم ولا للشركاء بأكثرية الآراء أيا كانت تلك الأكثرية . . أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المتفق عليها فى العقد ، ما لم يكن ذلك لدفع ديون على الشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها » . وهذا النص يتفق مع القواعد العامة ، فيعمل به فى عهد التقنين المدنى الجديد . ومن ثم لا يجوز لمدير الشركة أن يطلب من الشركاء ما يزيد على حصصهم إلا باتفاقهم جميعاً ، أو فى إحدى الحالتين الاستثنائيتين الآتيتين : (١) سداد ديون الشركة ، وذلك إذا لم يكف مال الشركة لوفاء هذه الديون ، وسنرى أن كل شريك ملزم فى هذه الحالة فى ماله الخاص بنسبة حصته من الخسارة . (٢) لأداء المصروفات الضرورية لحفظ أموال الشركة (انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٩٨) .

جميع سلطاته فى الإدارة لوكيل عنه ، لأن الشركاء إنما عينوه هو مديراً . ولكن يجوز له أن يوكل عنه واحداً أو أكثر فى بعض أعمال الشركة ، ويكون مسئولا عمن يوكله أمام الشركة[1] .

٢٠٧ — سلطات من يديرون الشركة إذا كانوا متعددين — نصوص

قانونية : تنص المادة ٥١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالإدارة ، كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأى عمل من أعمال الإدارة ، على أن يكون لكل من باقى الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه ، وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض ، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً » .

« ٢ — أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع

---

(١) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٢٠٧ — بلانيول وريپير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٦ — هوبان وبوسڤييه ١ فقرة ١٧٥ ص ٢١٧ وفقرة ٢٥٨ ص ٣٠٥) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما فيما يتعلق بسلطات المدير ، إذا كان العقد لم يحددها تحديداً كافياً ، أو لم تحدد فى الاتفاق اللاحق الذى تم به التعيين ، فإنه يجب منطقياً أن نعتبر الشركاء قد منحوا المدير السلطات اللازمة للوصول إلى الغرض المقصود وتحقيق غاية الشركة . ولذلك يقرر النص أنه يجوز للشريك ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، أن يقوم بأعمال الإدارة . وبناء على ذلك يكون للمدير حتما كل سلطات الإدارة التى يتطلبها نشاط الشركة . لكن ، كما تقرر المادة ٤٣٩/٥٣٦ من التقنين الحالى (السابق) ، ليس للمديرين أن يفعلوا شيئاً مخالفاً للغرض المقصود من الشركة . على أنه كمبدأ عام لا يستطيع المدير بدون رضاء الشركاء وعدم وجود شرط خاص فى العقد ، أن يعقد صلحاً أو تحكيماً ، أو يتنازل عن ضمان أو رهن للشركة ، أو يبرئ مديناً من الدين ، أو يقبل رفع الرهن قبل الوفاء بالدين المضمون ، أو يقترض باسم الشركة ، أو يرهن عقاراتها ، أو يبيع فيما عدا حالات البيع الداخلة فى غرض الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٢٦) .

أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها » .

وتنص المادة ٥١٨ على ما يأتى :

« إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية العددية ما لم يتفق على غير ذلك »(١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٧ : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عيه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤١ وص ٣٤٣ ص ٣٤٤) .

م ٥١٨ : ورد هذا النص فى المادة ٧٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٤٦ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٨ (مجموعة الأعمال التحضيريق ٤ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق : م ٥٣٦/٤٣٩ : ليس للمديرين ولو باتحاد آرائهم ، ولا للشركاء بأكثرية الآراء أيا كانت تلك الأكثرية ، أن يفعلوا شيئاً مخالفاً للغرض المقصود من الشركة ، ولا أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المتفق عليها فى العقد ، ما لم يكن ذلك لدفع ديون على الشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها . ومع ذلك لا يجوز ، ولو فى الحالة الأخيرة ، طلب مبالغ من الشركاء فى شركة التوصية أومن أصحاب السهام فى شركة المساهمة . (والحكم الوارد فى النص يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد ، إذ لا يجوز عمل شىء مخالف للغرض المقصود من الشركة إلا بإجماع آراء الشركاء لأن هذا العمل يعدل من عقد تأسيس الشركة ذاته . ولم يرد فى النص كيف يدير المديرون المتعددون الشركة ، ولكن ما ورد فى نص التقنين المدنى الجديد يتفق مع القواعد العامة) .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٥ - ٤٨٦ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٥٠٩ : ١ - إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة ، فلا تتم أعمال الشركة إلا بموافقة جميع أولئك الشركاء ٢ - وإذا اشترط أن تكون إدارة أعمال معينة خاضعة =

= لموافقة الاكثرية، تكون هذه الأغلبية خاضعة للفقرة الأخيرة من المادة السابقة (أغلبية الحصص فى الأرباح) . ٣ – وفى الحالات المنصوص عليها فى هـذه المادة لا يجوز للشركاء المنتدبين للإدارة أن يأتوا أى عمل على انفراد إلا لضرورة الاستعجال اتقاء حدوث ضرر للشركة .

م ٥١١ : ١ – تنظم أحكام الوكالة حقوق القائمين بالإدارة وواجباتهم . ٢ – المنتدبون مسئولون بالتضامن قبل الشركة للوفاء بالواجبات التى يفرضها عليهم القانون وعقد الشركة . ٣ – ومع ذلك لا تشمل هذه المسئولية من يثبت خلوه من الخطأ .

م ٣/٥٠٨ : وتفصل فى الاعتراض أكثرية الشركاء ، وتتكون على أساس نسبة حصصهم فى الأرباح .

(وتختلف أحكام التقنين الليبى عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : (١) الأصل فى التقنين الليبى أن قرار الشركة بإجماع المديرين . (٢) يوجد فى التقنين الليبى نص صريح على تضامن المديرين إذا ثبت خطأهم . (٣) الأغلبية فى التقنين الليبى هى أغلبية الحصص فى الأرباح لا الأغلبية العددية) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٣٧ – ٦٣٨ (موافق – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١٦ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٨٦ : إذا كان للشركة عدة مديرين فلا يجوز لواحد منهم ، ما لم يكن ثمة نص مخالف ، أن يعمل بدون معاونة الآخرين إلا فى الأحوال التى تستوجب الاستعجال والتى يكون التأجيل فيها مدعاة لضرر هام على الشركة . وإذا قام خلاف وجب إتباع رأى الغالبية ، وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين فالغلبة للمعارضين . أما إذا كان الخلاف مقصوراً على الطريقة التى يجب اتباعها فيرجع فى هذا الشأن إلى ما يقرره جميع الشركاء . وإذا كانت فروع الإدارة موزعة بين المديرين ، فلكل واحد منهم أن يقوم بالأعمال الداخلة فى إدارة فرعه ولا يحق له على الإطلاق أن يتجاوزها .

م ٨٨٧ : لا يجوز للمديرين وإن أجمعوا رأياً ، ولا للشركاء وإن قررت غالبيتهم ، أن يقوموا بغير الأعمال التى تدخل فى موضوع الشركة بحسب ماهيتها والعرف التجارى . ويجب إجماع الشركاء : أولا – للتفرغ بالأموال عن الملك المشترك أو عن أحد أجزائه . ثانياً – لتعديل عقد الشركة أو للحيد عن مقتضاه . ثالثاً – للقيام بأعمال خارجة عن موضوع الشركة . وكل نص يجيز مقدماً للمديرين أو للغالبية اتخاذ قرارات من هـذا النوع بدون استشارة الآخرين يكون لغواً . وفى هذه الحالة يحق ، حتى للشركاء الذين ليسو مديرين، أن يشتركوا فى المناقشات . وإذا قام خلاف ، وجب إتباع رأى المعارضين .

م ٨٨٢ : إذا نص فى عقد الشركة على أن قراراتها تتخذ بالغالبية ، وجب أن يفهم من هذا النص ، عند قيام الشك ، أن المراد غالبية العدد . وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين =

ويخلص من هذه النصوص أنه إذا تعدد من يدير الشركة - سواء كانوا شركاء أو أجانب بالرغم من أن النص مقصور على الشركاء ولكن يقاس عليهم المديرون الأجانب - فيغلب أن ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من هؤلاء المديرين ، كأن يوكل لأحدهم بالمبيعات والآخر بالمشتريات ولثالث بإدارة العمال ونحو ذلك[1] . وفى هذه الحالة يجب أن يلتزم كل مدير اختصاصه الذى حدده له نظام الشركة ، ولا يجاوزه إلى اختصاص غيره من المديرين الآخرين . « وعلى كل من المديرين أن يقوم بواجبه داخل الحدود الموضوعة له ، وهو الذى له وحده الحق فى أن يعمل فى هـــذه الدائرة بدون أية معارضة من جانب بقية المديرين . وإذا عمل أحد المديرين خارج الحدود الموضوعة له ، كان تصرفه غير سارٍ على الشركة طبقاً للقواعد العامة »[2] .

وإذا لم ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من المديرين ، ولم ينص فى الوقت ذاته على أن تكون القرارات بإجماع المديرين أو بأغلبيتهم ، كان لكل واحد من المديرين حق إدارة الشركة منفرداً والقيام بجميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف التى سبق بيانها فى حالة ما إذا

= فالغلبة للفريق المعارض . وإذا اختلف الفريقان فى شأن القرار الذى يراد اتخاذه فيرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما يتفق مع مصلحة الشركة العامة .

(ويرى من ذلك أن الأصل فى التقنين اللبنانى فى حالة تعدد المديرين أن تتخذ القرارات بأغلبية آرائهم) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص فى عقد شركة على أن « يكون أحد الشركاء هو عهدة النقدية » بأنه لا يفيد أنه هو وحده ينفرد بجميع أعمال الإدارة دون باقى الشركاء ، بل هو تخصيص أحد أعمال الإدارة وإسناده إليه دون الأعمال الأخرى ، هو تفسير يستقيم معه التأدى إلى ما انتهى إليه (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢ .

كان من يدير الشركة شخصاً واحداً[١] . على أن لكل من المديرين الآخرين حق الاعتراض على هذه الأعمال قبل تمامها . أما إذا تمت قبل الاعتراض فإنها تصبح نافذة ملزمة للشركة . فإذا اعترض أحد المديرين على عمل يقوم به مدير آخر قبل تمامه ، بقى الاعتراض قائماً يحول دون تمام العمل ، ولا يزول إلا إذا قررت أغلبية المديرين وفيهم المعترض على عمله رفض الاعتراض . فإذا تقرر رفض الاعتراض على هذا الوجه ، زال وانفسح الطريق للمدير المعترض على عمله أن يتم هذا العمل . أما إذا تساوى جانب من يقر الاعتراض مع جانب من يرفضه ، أو كان المدير للشركة اثنين فقط أراد أحدهما القيام بعمل واعترض الآخر على ذلك ، فإنه يجب الرجوع فى هذه الحالة إلى الشركاء جميعاً ، فإذا قررت أغلبية الشركاء رفض الاعتراض زال وأمكن المدير إتمام العمل المعترض عليه[٢] . أما إذا قام المدير بالعمل بالرغم من معارضة مدير آخر ، وبدون أن يحصل على رفض الاعتراض من أغلبية المديرين أو من أغلبية الشركاء على الوجه المتقدم الذكر ، فإن عمله يكون باطلا ولا ينفذ فى حق الشركة ، هذا ما لم يكن الغير الذى يتعامل مع المدير حسن النية لا يعلم بالمعارضة ، ففى هذه الحالة ينفذ العمل فى حق الشركة ويكون المدير مسئولا أمامها عن تجاوز سلطته[٣] .

أما إذا نص نظام الشركة على أن تتخذ القرارات بإجماع المديرين

---

(١) فإن كان العمل من أعمال التصرف التى لا تدخل فى أغراض الشركة ، أو كان يتضمن تعديلا فى نظمها ، وجب إجماع كل الشركاء طبقاً للقواعد العامة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢) .

(٢) أما إذا انقسم الشركاء إلى قسمين متساويين ، لم تكن هناك أغلبية لرفض الاعتراض ، فيبقى الاعتراض قائماً ولا يجوز إتمام العمل المعترض عليه .

(٣) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢ .

أو بالأغلبية ، وجبت مراعاة ذلك[١] . فلا يستطيع أحد المديرين أن ينفرد بالإدارة ، بل يجب عليه الحصول على موافقة جميع المديرين الآخرين ، أو موافقة الأغلبية ويدخل هو فى حساب الأغلبية ، على حسب الأحوال[٢] . ويستثنى من ذلك أن يكون هناك أمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها ، فعند ذلك يستطيع أى مدير أن ينفرد بالقيام بهذا الأمر العاجل ، ويعتبر فى هذه الحالة فضولياً يلزم عمله الشركة[٣] .

وحيث يجب صدور قرار بالأغلبية فى جميع الأحوال المتقدم ذكرها وفى غيرها من الحالات الأخرى ، كأن يصدر قرار أغلبية المديرين برفض اعتراض مدير على عمل مدير آخر ، أو يصدر قرار أغلبية الشركاء برفض هذا الاعتراض ، أو يصدر قرار أغلبية المديرين بعمل من أعمال الإدارة حيث ينص النظام على وجوب اتخاذ القرارات بالأغلبية ، فإن الأغلبية المعتبرة هى الأغلبية العددية للمديرين أو للشركاء ، لا أغلبية الحصص ، وذلك ما لم يتفق الشركاء على أن تكون الأغلبية للحصص أو للمصالح

---

(١) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣٠ ص ٨٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الوارد فى عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة ، ولا يعول على إدعاء هذا المدير بأنه قد انفرد بالعمل بإذن شفوى من أحد شركائه المتضامنين (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٦ ص ٤٩٦) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه يحسن – كما فعل تقنين طنجة (م ٨٧١) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٥٥٠) – الخروج على هذا الحكم الذى يتطلب الإجماع أوموافقة الأغلبية ، بشرط أن توجد ضرورة عاجلة ، وفى الوقت نفسه حاجة ملحة ، إلى تفادى خسارة جسيمة تهدد الشركة ولا يمكن علاجها . فإذا اجتمع هذان الشرطان ، جاز لمدير واحد استثناء أن يعمل بدون حاجة لرضاء بقية المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢ – ص ٣٤٣) .

المختلفة لا للرؤوس[1] . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥١٨ مدنى ، وقد تقدم ذكرها[2] .

٢٠٨ – حقوق الشركاء غير المديرين – نص قانونى : تنص المادة ٥١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل »[3] .

---

(١) وقد يكون هناك أكثر من رأيين فى مسألة واحدة ، فيرى بعض أن القرار يجب أن يكون بالأغلبية المطلقة ، ويرى بعض آخر أن الأغلبية النسبية تكفى ، ويرى فريق ثالث الالتجاء إلى القضاء لتغليب رأى على رأى ، ويرى فريق رابع وجوب انضمام الجانب الأقل إلى أحد الجانبين الاكثر عدداً (انظر جيوار فقرة ١٤٦ – ويفرجيبه فقرة ٢٨٩ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٢٠ – الأستاذ محمود كامل مرسى فقرة ٥٠٣) . ويبدو لنا أن الأغلبية المطلوبة فى حالة الانقسام إلى أكثر من رأيين هى الأغلبية المطلقة وبعدد الرؤوس .

(٢) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لا تتعرض التقنينات اللاتينية أو التقنينات المقتبسة منها لتحديد ما هو المقصود بالأغلبية ، هل يجب عند حسابها مراعاة المصالح المختلفة أومقدار الحصص أو عدد الشركاء ؟ وقد استمد المشروع هذا النص من المادة ٥٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو يقرر المبدأ العام المعمول به فى مداولات الشركة : إذا وجب صدور قرار بالأغلبية ، تعين حساب الأغلبية بالرؤوس . على أن هذا المبدأ يعمل به ما لم يتفق على غيره ، فيجوز الخروج عنه باتفاق خاص ، كأن يتفق على حساب الأغلبية تبعاً للمصالح المختلفة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٦ – ص ٣٤٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٤٠/٥٣٧ : للشركاء الذين ليسو مديرين للشركة الحق فى طلب معرفة إدارة أشغال الشركة .

–

ويخلص من هذا النص أنه إذا عين للشركة من يديرها ولو كان المدير أجنبياً ، فليس لشريك لم يكن من بين المديرين للشركة أن يتدخل فى أعمال الإدارة ، ولا أن يشترك فى هذه الأعمال[1] ، ولا أن يعترض على أعمال المديرين إلا فى الحدود التى يرجع فيها إلى الشركاء على النحو الذى تقدم بيانه . ولكن يجوز له أن يعترض على أعمال الإدارة التى تجاوز

= ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٢ : ١ - للشركاء غير المنتدبين للإدارة حق الحصول من المديرين على معلومات عن سير أعمال الشركة ، ولهم حق الاطلاع على مستنداتها الخاصة بالإدارة وعلى البيان الحسابى إذا أنجزت الأعمال التى تشكلت الشركة على أساسها . وكل اتفاق على غير ذلك باطل . ٢ - وإذا زادت مدة القيام بأعمال الشركة على سنة ، فللشركاء الحق فى الحصول على بيان عن الإدارة فى نهاية كل سنة إذا لم ينص العقد على أجل آخر . (وأحكام التقنين الليبى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٣٩ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٨٨ : لا يجوز للشركاء غير المديرين أن يشتركوا فى شىء من أعمال الإدارة ، ولا أن يعترضوا على الأعمال التى يقوم بها المديرون المعينون بمقتضى العقد ، إلا إذا كانت تتجاوز حدود الأعمال التى هى موضوع الشركة أوكانت تخالف العقد أو القانون مخالفة صريحة .

م ٨٨٩ : يحق للشركاء غير المديرين أن يطلبوا فى كل آن حساباً عن إدارة أعمال الشركة وعن حالة الملك المشترك ، وأن يطلعوا على دفاتر الشركة وأوراقها وأن يبحثوا فيها . وكل نص مخالف يعد لغواً . وهذا الحق شخصى لا يجوز أن يقوم به وكيل أوممثل آخر ، إلا عند وجود فاقدى الأهلية فهؤلاء يصح أن ينوب عنهم وكلاؤهم الشرعيون ، أوعند وجود مانع مقبول مثبت بحسب الأصول .

م ٨٩٠ : من لا يكون إلا شريك محاصة لا يحق له أن يطلع على دفاتر الشركة وأوراقها إلا لسبب هام وبإذن القاضى . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) جيوار فقرة ١٣٩ وفقرة ٢٦٥ - بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣١٢ - فقرة ٣١٣ .

أغراض الشركة أو تخالف نظامها أو تعارض القانون [١] ، وله أن يرجع في ذلك إلى سائر الشركاء ، بل له أن يلجأ إلى القضاء .

على أن الشريك غير المدير من حقه أن يطلب من المديرين حساباً عن إدارة أعمال الشركة من آن إلى آخر ، أو في أوقات دورية ، أو في الوقت الذي ينص عليه نظام الشركة . وله ، في سبيل الاستيثاق من حسن الإدارة ، أن يطلع بنفسه على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها[٢] . وهذا الحق شخصي له ، فلا يجوز أن ينيب عنه فيه وكيلا حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها ، وهذا ما لم يكن الشريك قاصراً فينوب عنه وليه[٣] . وحق الشريك غير المدير في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[٤] .

---

(١) انظر م ٨٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٨٠ .

(٣) انظر م ٨٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « يقرر هذا النص الحكم الوارد بالمادة ٥٣٧/٤٤٠ من التقنين الحالي (السابق) مكملا بنص المادة ٥٥٤ فقرة أولى من التقنين البولوني والمادة ٥٥٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وهي تنص على حرمان الشركاء غير المديرين من التدخل في الإدارة ، وإلا لما كانت هناك أية فائدة من تعيين مدير للشركة . على أن لهؤلاء الشركاء حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وهو حق أساسي لهم ، ولذلك يقرر النص عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك . والنص الوارد في المشروع : « أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها » أفضل من نص المادة ٥٣٧/٤٤٠ مصري (قديم) : « الحق في طلب معرفة إدارة أشغال الشركة » ، لأن للشركاء بمقتضى القواعد العامة الحق في أن يطلبوا من المديرين تأدية حساب عن وكالتهم ، والذي يهمنا تحديده هو أن نقرر لكل الشركاء حق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها لأهمية ذلك من حيث مراقبة استغلال أموال الشركة وحالتها المالية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٦) .

المبحث الثانى

عدم تعيين من يدير الشركة

٢٠٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة ، اعتبر كل شريك مفوضاً من الآخرين فى إدارة الشركة وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء ، على أن يكون لهؤلاء أو لأى منهم حق الاعتراض على أى عمل قبل تمامه ، ولأغلبية الشركاء الحق فى رفض هذا الاعتراض »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٣٨/٥٣٥[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٨٨ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٠٧ — ٥٠٨ — وفى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ولكن كان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية هذا نصها : « ومع ذلك لا يجوز لأى من الشركاء أن يدخل أى تغيير فيما للشركة من أشياء دون موافقة سائر الشركاء ، حتى لو ذهب إلى أن هذا التغيير فى صالح الشركة » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة « لأنها تفصيلية » ، وأصبح رقم المادة ٥٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق على النص مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ص ٣٤٨ وص ٣٥٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٣٨/٥٣٥ : إذا لم يعين للشركة مديرون ، اعتبر كل واحد من الشركاء مأذوناً من شريكه بالإدارة ، وله إدارة العمل وحده ، وإنما يعمل فى حالة اختلاف الشركاء بما يتفق عليه أكثرهم . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

العراق م ٦٤٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٧٦ — ٨٨١[1].

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٥٠٨ : ١ — لكل شريك الحق فى الانفراد بإدارة الشركة إلا إذا اشترط خلاف ذلك . ٢ — وإذا حقت إدارة الشركة على انفراد لأكثر من شريك ، فلكل شريك قائم بالإدارة الحق فى الاعتراض على ما يعتزم الشريك الآخر القيام به من عمل قبل إنجازه . ٣ — وتفصل فى الاعتراض أكثرية الشركاء ، وتتكون على أساس نسبة فى الأرباح .

م ٥٠٧ : لا يجوز للشريك أن يستعمل شيئاً من أموال الشركة فى أغراض خارجة عن أهدافها دون موافقة الأعضاء الآخرين .

(وأحكام التقنين الليبى متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن الأكثرية فى التقنين الليبى تحسب على أساس نسبة الحصص فى الأرباح ، وفى التقنين المصرى تحسب على أساس عدد الرؤوس) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٠ (مطابق للمشروع التمهيدى للمادة ٥٢٠ من التقنين المدنى المصرى ، وتتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٠ وما بعدها).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٧٦ : حق إدارة أشغال الشركة هو لجميع الشركاء معاً ، فلا يحق لأحد منهم أن يستعمله منفرداً إذا لم يرخص له بقية الشركاء .

م ٨٧٧ : إن الحق فى إدارة الشركة يشمل حق تمثيلها تجاه الغير إذا لم ينص على العكس .

م ٨٧٨ : عندما يتفق الشراء على إعطاء كل منهم وكالة بادارة شؤون الشركة ، ويوضحون أن كل شريك يمكنه أن يعمل من غير أن يشاور الآخرين ، تسمى شركتهم عندئذ شركة تفويض أو توكيل عام .

م ٨٧٩ : فى شركة التفويض العام يجوز لكل شريك أن يقوم منفرداً بجميع أعمال الإدارة التى تدخل فى موضوع الشركة حتى أعمال التفرغ . ويجوز له على الخصوص : أولا — أن يعقد لحساب الشركة شركة خاصة مع الغير يكون المراد منها عملا أو جملة أعمال إدارية . ثانياً — أن يقدم مالا لشخص ثالث للقيام بمشروع لحساب الشركة — ثالثاً — أن يعين عمالا ومندوبين . رابعا — أن يوكل ويعزل الوكلاء . خامساً — أن يقبض مالا وأن يفسخ المقاولات وأن يبيع نقداً أو ديناً أو إلى أجل أو على التسليم — الأشياء الداخلة فى موضوع الشركة ، وأن يعترف بالديون ويربط الشركة بموجبات على قدر ما تقتضيه حاجات الإدارة ، ويعقد الرهن أو غيره من وجوه التأمين على القدر نفسه ، وأن يقبل مثل هذا الرهن أو التأمين ، وأن يصدر أو يظهر سندات « للأمر » أو سفاتج ، وأن يقبل رد المبيع من أجل عيب موجب للرد حينما يكون الشريك الذى =

٢١٠ — لكل شريك حق الانفراد بالإدارة : إذا لم يعين من يدير الشركة(١) ، فالمفروض أن الشركاء قد جعلوا حق الإدارة لكل واحد منهم . فلكل أن ينفرد بالقيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرفات الداخلة

= عقده غائباً وأن يمثل الشركة فى الدعاوى سواء كانت مدعية أومدعى عليها ، وأن يعقد الصلح بشرط أن يكون مفيداً — ذلك كله ما لم يكن هناك خداع أوقيود خاصة موضحة فى عقد الشركة .

م ٨٨٠ : إن الشريك فى شركة التفويض العام لا يجوز له بدون ترخيص خاص مبين فى عقد الشركة أو فى عقد لاحق : أولا — أن يتفرغ بلا بدل ، وتستثنى الهدايا والمكافآت الممتازة . ثانياً — أن يكفل الغير . ثالثاً — أن يقرض بلابدل — رابعاً — أن يجرى التحكيم . خامساً — أن يتنازل عن المؤسس أوالمحل التجارى أوعن شهادة الاختراع التى عقدت عليها الشركة . سادساً — أن يعدل عن ضمانات ، ما لم يكن العدول مقابل بدل .

م ٨٨١ : إذا كان عقد الشركة يوضح أن جميع الشركاء يحق لهم تولى الإدارة ولكن لا يجوز لأحدهم أن يعمل منفرداً عن الآخرين ، فالشركة توصف حينئذ بالمحدودة أو بذات الوكالة المحدودة . وإذا لم يكن نص أو عرف خاص ، فكل شريك فى الشركة المحدودة يجوز له أن يقوم بالأعمال الإدارية بشرط الحصول على موافقة شركائه ، ما لم يكن هناك أمر يستوجب التعجيل ويفضى إغفاله إلى الإضرار بالشركة .

م ٨٩٣ : إذا لم يقرر شىء فيما يختص بإدارة أعمال الشركة ، عدت شركة محدودة ، وكانت علاقات الشركاء من هذا الوجه خاضعة لأحكام المادة ٨٨٢ .

(والأصل فى التقنين اللبنانى أن يشترك جميع الشركاء فى الإدارة فتتخذ القرارات بالإجماع ، إلا إذا نص على اتخاذ القرارات بالأغلبية ، أو اتفق الشركاء على إعطاء كل منهم وكالة بإدارة شؤون الشركة فى شركة التفويض العام . أما الأصل فى التقنين المصرى فهو أن ينفرد كل شريك بالإدارة ، على أنه يكون لكل شريك آخر حق الاعتراض ولأغلبية الشركاء الحق فى رفض الاعتراض) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص عقد الشركة على أن « الشركاء جميعاً متضامنون فى العمل » بأنه من شأنه أن يجعل كل واحد من الشركاء مأذوناً من شركائه بالإدارة وله إدارة العمل وحده وفقاً لنص المادة ٤٣٨ من القانون المدنى (القديم) ، فيصبح كل منهم مسئولا عن حسن سير الشركة ، ويحظر على أحد منهم أن يباشر عملا ينجم عنه إضرار بمصالحها عملا بنص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى (القديم) هو تفسير سائغ (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١)

فى أغراض الشركة[١] ، وتكون هذه الأعمال نافذة فى حق الشركة وفى حق الشركاء جميعاً ما دامت غير مخالفة لنظام الشركة ولا للقانون . أما أعمال التصرف التى لا تدخل فى نطاق أغراض الشركة فهى محرمة على أى شريك ، ولا بد فيها من إجماع الشركاء . كذلك لا يجوز لأى شريك أن يدخل أى تغيير أو تجديد فيما للشركة من أشياء دون موافقة جميع الشركاء ، حتى لو رأى أن أعمال التغيير أو التجديد هذه مفيدة للشركة ، إلا أن تكون هذه التغييرات داخلة فى أغراض الشركة أو كانت من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها[٢] .

٢١١ - حق الاعتراض : على أنه إذا أراد الشريك أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف الداخلة فى أغراض الشركة ، واعترض على العمل قبل إتمامه شريك آخر ، وجب وقف العمل وعرض الأمر على جميع الشركاء . ويبقى الاعتراض قائماً ، والعمل المعترض عليه موقوفاً ، حتى ترفض أغلبية الشركاء - الأغلبية العددية إلا إذا وجد فى نظام الشركة ما يخالف ذلك - هذا الاعتراض . فإذا رفضته الأغلبية ، أمكن الشريك القيام بالعمل المعترض عليه[٣] . وإذا لم توجد أغلبية من الشركاء ترفض العمل - حتى لو تساوى الجانبان - بقى الاعتراض قائماً

---

(١) استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٨٦ - استئناف مصر ٢٢ يونيه سنة ١٩٤١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٣ ص ٤٤٦ - محكمة مصر الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - قارن بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٢٦ - فقرة ٣٣٣ .

(٣) ولا يجوز الرجوع على الشريك الذى اعترض بتعويض بعد رفض أغلبية الشركاء المعارضة ، إلا إذا كانت المعارضة عن غش أو عن تقصير (جيوارا فقرة ١٤٧ - بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٢٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥٢ هـ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٣٠٥ هامش رقم ٤) ، إذ على الشريك أن يبذل العناية الواجبة فى تدبير مصالح الشركة (م ٥٢١/٢ مدنى) .

ولم يجز القيام بالعمل . فإذا قام الشريك بالعمل المعترض عليه قبل زوال الاعتراض ، بأن لم يعرض الأمر على الشركاء ، أو عرضه ولم يرفض الاعتراض أغلبية منهم ، فإن العمل يكون باطلا فى حق من تعامل معه الشريك إذا كان سيء النية أى يعلم بالمعارضة القائمة وبعدم زوالها[1] .

الفرع الثانى

أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء

٢١٢ – مسائل ثلاث : إذا قامت الشركة ، كان لكل شريك واجبات نحوها ، وحقوق عليها . وكان لدائنى الشركة وللدائنين الشخصيين للشركاء حقوق معينة فى مال الشركة وفى الأموال الشخصية للشركاء : فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) واجبات الشريك (٢) حقوق الشريك (٣) حقوق دائنى الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء .

المبحث الأول

واجبات الشريك

٢١٣ – بذل العناية فى تدبير مصالح الشركة – نص قانونى : تنص المادة ٥٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه يجوز لكل شريك أن يعترض على العمل قبل إتمامه ، ولأغلبية الشركاء حق رفض هذه المعارضة . . وأخيراً يترتب على المعارضة . . أن التصرف الذى يتم رغم المعارضة وبدون موافقة الأغلبية ، يكون باطلا بالنسبة للشركة ، وأيضاً بالنسبة للغير سيء النية الذى يعلم بالمعارضة القائمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٩) . انظر أوبرى ، ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥١ – ص ٥٣ . بلانيول وريبير وليبارنير ١١ فقرة ١٠٢٨ – فورنييه فقرة ٦٩ .

وانظر فى أن نظام الشركة ينص فى العادة بالتفصيل على طريق إدارتها ، ويتبع فى ذلك قواعد عملية تتفق مع حالة الشركة بحسب ما إذا كانت قليلة الشركاء أو كثيرتهم فورنييه فقرة ٧٠ – فقرة ٧٢ .

« ١ – على الشريك أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفاً للغرض الذى أنشئت لتحقيقه » .

« ٢ – وعليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد » ، الواردة فى آخر الفقرة الثانية لم تكن موجودة فى المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥١ – ص ٣٥٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٢٨/٥٢١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على كل واحد من الشركاء أن يلاحظ منافع الشركة ، ويعنى بتدبير مصالحها كمصالح نفسه » . (وحكم التقنين السابق متفق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد تشدد فى العناية المطلوبة من المدير إذا كان بأجر) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤١ (مطابق) – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٦٥ : لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركة . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببدل العطل والضرر ، أو أن يتخذوا لحسابهم الأعمال التى ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التى جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجه من الشركة ، وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل العطل والضرر عند الاقتضاء .

م ٨٦٦ : لا يطبق حكم المادة السابقة إذا كان للشريك قبل اندماجه فى الشركة مصلحة –

ومن أول واجبات الشريك ، كما رأينا ، أن يساهم فى الخسارة على النحو الذى سبق أن بيناه . وها نحن أمام واجب آخر يمليه النص المتقدم ، هو بذل قدر معين من العناية فى تدبير مصالح الشركة .

والعناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة هى العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الخاصة ، فلا ينزل عن هذا القدر من العناية حتى لو زاد على عناية الرجل المعتاد . فإذا كان الشريك معروفاً بالحرص والإتقان بحيث تزيد عنايته بمصالحه الشخصية على عناية الرجل المعتاد ، وجب عليه أن يبذل هذا القدر من العناية إذا تولى مصالح الشركة ، فيزيد فى عنايته على عناية الرجل المعتاد . وإذا كانت عنايته بمصالحه هى عناية الرجل المعتاد ، وجبت عليه هذه العناية فى تدبير مصالح الشركة . أما إذا كانت عنايته بمصالحه تنزل عن عناية الرجل المعتاد ، لم يجب عليه إلا هذا القدر من العناية فى تدبير مصالح الشركة ، فينزل فى تدبيرها عن عناية الرجل المعتاد . وهذا كله إذا تولى تدبير مصلحة من مصالح الشركة ، يستوى فى ذلك ألا يكون منتدباً لإدارة الشركة أو يكون منتدباً لإدارتها ولكن بغير أجر . أما إذا كان منتدباً للإدارة بأجر ، وجب عليه أن يبذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية ، دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . فيبذل العناية التى يبذلها

= فى مشاريع مضارعة لها ، أو كان يقوم بأعمال مشابهة لأعمالها على علم من شركائه ، ولم يشترط عليه تركها ، ولا يجوز للشريك المومأ إليه أن يلجأ للمحاكم لإجبار شركائه على موافقته .

م ٨٦٧ : كل شريك يلزمه أن يظهر من العناية والاجتهاد فى القيام بواجباته للشركة ما يظهره فى إتمام أموره الخاصة . وكل تقصير من هذا القبيل يعد خطأ يسأل عنه لدى بقية الشركاء ، كما يسأل عن عدم القيام بالواجبات الناشئة عن عقد الشركة وعن سوء استعماله السلطة الممنوحة له . ولا يكون مسئولا عن القوة القاهرة إذا لم تنجم عن خطأ منه . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين المصرى يتشدد فى مسئولية الشريك إذا كان مديراً بأجر) .

فى مصالحه الشخصية إذا كانت هذه العناية تزيد أو تعادل عناية الرجل المعتاد ، ويبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته فى تدبير مصالحه الشخصية تنزل عن هذا القدر من العناية .

ويخلص من ذلك أن العناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة تزيد على العناية المطلوبة من الوكيل العادى فى إدارة شؤون موكله . فقد نصت المادة ٧٠٤ مدنى فى شأن الوكيل على أنه « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . فالوكيل ، سواء كان بأجر أو بغير أجر ، لا تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد ، أما الشريك فقد تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته بمصالحه الشخصية تزيد على هذا القدر .

ويرتب النص على ما يتطلب أن يبذله الشريك من العناية فى تدبير مصالح الشركة أن يمتنع الشريك « عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذى أنشئت لتحقيقه » . ذلك أن الشريك إذا بذل نشاطاً يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً لأغراضها ، لا يكون قد بذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية ، فيكون مقصراً ، وتترتب على هذا التقصير مسئوليته نحو الشركة والشركاء . مثل ذلك الشريك الذى يحق له الاعتراض على عمل يريد من يتولى إدارة الشركة القيام به ، على التفصيل الذى قدمناه ، فهذا الشريك إذا كان له حق الاعتراض على العمل قبل إتمامه ، فإنه يجب أن يكون لهذا الاعتراض مبرر . فإذا أقدم الشريك على الاعتراض عن سوء نية أو عن تسرع ينطوى على التقصير ، فأوقف بذلك تنفيذ

عمل من أعمال الإدارة يفيد للشركة فائدة ظاهرة ، فإنه يكون مسئولا عن رعونته وتقصيره إذ نزل فى هذا الاعتراض عن قدر للعناية المطلوبة منه ، وذلك حتى لو رفضت الأغلبية هذا الاعتراض فأمكن إتمام العمل ، ما دام قد ثبت أن ضرراً قد لحق الشركة من جراء التأخر فى إتمامه[1] .
ومثل ذلك أيضاً أن يقوم الشريك بعمل من الأعمال الداخلة فى أغراض الشركة قاصداً بذلك منافستها ، فهذا النشاط الصادر من الشريك من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة ، ويكون الشريك مسئولا عن تعويض الضرر الذى أصاب الشركة من جراء هذا العمل . وقد حدد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذه المسئولية فى نص تشريعى ، إذ تقول المادة ٨٦٥ من هذا التقنين : « لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه ، أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركه ، إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركه . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببدل العطل والضرر ، أو أن يتخذوا لحسابهم الأعمال التى ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التى جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجه من الشركة . وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل العطل والضرر عند الاقتضاء »[2] . وهذا النص — فيما عدا المواعيد التى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨٤ فى الهامش . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ مدنى : « تطابق الفقرة الأولى المادة ٥٣٦ من التقنين السويسرى والمادة ٥٦٢ من التقنين البولونى والمادة ٥٤٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى تقرر التزاماً على الشريك بعدم إلحاق ضرر بالشركة ، وهو التزام ناتج عن طبيعة عقد الشركة ، لأن مساهمة الشركاء فى العمل المشترك تقتضى من الشريك الامتناع عن كل عمل يضر بالشركة بطريق مباشر أوغير مباشر ، سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب الغير. كما لا يجوز للشركاء الاعتراض على أية عملية مفيدة للشركة ، لأن مصلحتهم تتأثر بذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

حددها للاختيار — ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن تطبيقه فى مصر . ومن ثم يجوز للشركة أن ترجع على الشريك الذى قام بعمل منافس بالتعويض عن الضرر الذى أصابها من هذه المنافسة ، وقد تقتصر على مطالبته بالأرباح التى جناها من العمل الذى قام به ، ولكل من الشركاء فوق ذلك أن يطلب من القضاء إخراج الشريك الذى أخل بواجبه من الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانها . على أنه إذا ثبت أن الشريك قبل دخوله الشركة كان يشتغل بعمل يدخل فى الأعمال التى تقوم بها الشركة على علم من شركائه ، ولم يطلبوا إليه أن يترك هذا العمل عند دخوله فى الشركة ، فإن استمراره فى هذا العمل لا يرتب مسئولية فى ذمته ، لأن الشركاء بعدم طلبهم إليه أن يترك العمل يكونون قد وافقوا ضمناً عليه[1] .

ومما يترتب على العناية المطلوبة من الشريك بذلها فى تدبير مصالح الشركة أن الشريك إذا كان منتدباً لإدارة الشركة ، وجب عليه أن يبذل من العناية فى إدارة شؤونها القدر الذى يبذله فى إدارة مصالحه الشخصية ، فإن كان بأجر وجب ألاّ ينزل فى هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد ، كما سبق القول . فإذا أتى الشريك المنتدب للإدارة عملا مخالفاً لنظام الشركة أو مخالفاً للقانون ، أو قصر فى إدارته للشركة بحيث نزل عن مقدار العناية المطلوبة منه[2] ، كان مسئولا عن التعويض ، وجاز طلب إخراجه من

---

(١) انظر م ٨٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش . وانظر بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٠٥ .

(٢) كان قصر فلم يعقد صفقة مفيدة للشركة ، أو ترك مالا للشركة يتلف دون أن يصلحه ، أو أهمل فى رقابة مستخدمى الشركة فارتكبوا أعمالا تضر بها (بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٩٧) . ويعتبر الشريك مسئولا إذا هو ضحى بمصلحة الشركة من أجل مصلحته الشخصية ، كما إذا امتنع عن عقد صفقة نافعة للشركة بحجة أن هذه الصفقة تعود عليه شخصياً بالضرر (بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٩٩ ص ١٣٣ — ص ١٣٤) ، أو عقد صفقة لنفسه كان يجب أن يعقدها لحساب الشركة (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٠٢ مكررة) .

الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى التى سيأتى ذكرها . أما إذا أصاب الشركة ضرر بسبب أجنبي لا بد له فيه ، لم يكن مسئولا عنه لأنه لم يرتكب خطأ تترتب عليه مسئوليته[1] .

٢١٤ – تقديم الشريك حسابا عن المبالغ التى فى ذمته الشركة مع الفوائد – نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء »[2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الثانية من المادة ٥٢١ مدنى : « أما الفقرة الثانية فهى تقابل نص المادة ٤٢٨/٥٢١ من التقنين الحالى (السابق)، وهى تحدد درجة العناية التى يجب أن يبذلها كل شريك فى التزاماته قبل الشركة : عليه أن يبذل من العناية ما يبذله فى مصالحه الخاصة ، فإذا أخل بالتزامه هذا وترتب على ذلك ضرر للشركة ، كان لها أن تطالبه بالتعويض . على أنه مادام أساس المسئولية هو الخطأ ، فالشريك لا يتحمل مسئولية ما فى حالة القوة القاهرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٠/١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٢/١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٢٧/٥٢٠ : الشريك ملزم حتماً بفوائد المبالغ المطلوبة للشركة منه خاصة . . . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد ، وإن كان لم يعرض للتعويض التكميلى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٠/١ (مطابق) .

والشريك ، سواء كان منتدباً للإدارة أو غير منتدب ، يجب أن يقدم حساباً للشركة عن جميع ما يقوم به من عمل لحسابها . وهو فى هذا الصدد كالوكيل ، يجب عليه أن يوافى موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها (م ٧٠٥ مدنى)[1] .

وهو فى الأعمال التى يقوم بها لحساب الشركه قد يصل إلى يده مال لها ، فيجب أن يؤدى حساباً عن هذا المال وأن يدفعه فوراً للشركة . فإذا أدار شؤون الشركة ، قد يقبض مبالغ لحسابها ، كأن يبيع مالا

التقنين المدنى الليبى م ٥١٥/١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٢/١ (مطابق — انظر الأستاذ حسن الذنون ص ١٢٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٦٨ : كل شريك يلزمه ، على الشروط التى يلزم بها الوكيل ، أن يقدم حساباً عن : أولا : كل المبالغ والمقدمات التى يأخذها من رأس مال الشركة لأجل الأعمال المشتركة . ثانياً — كل ما استلمه على الحساب المشترك أومن طريق الأعمال التى تكون موضوع الشركة . ثالثاً — وبالإجمال عن كل عمل يقوم به لحساب الشركة . وكل نص على إعفاء أحد الشركاء من واجب تقديم الحساب يكون لغواً .

م ٨٧٠ : كل شريك يستعمل دون ترخيص من بقية الشركاء الأموال أو الأشياء المشتركة ، فى مصلحته أو فى مصلحة شخص ثالث ، يلزمه أن يعيد المبالغ التى أخذها وأن يضم إلى مال الشركة الأرباح التى جناها ، ويحتفظ مع ذلك بحق الشركاء فى بدل العطل والضرر وفى إقامة دعوى جزائية عليه عند الاقتضاء . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، مع ملاحظة أن المادة ٢/٧٨٩ لبنانى تقضى على الوكيل باداء فائدة الأموال التى تأخر فى دفعها للموكل) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذى يدير شؤون الشركة شأنه هو شأن الوكيل ، عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناولته الوكالة ، وقيام كل شريك بإدارة بعض شؤون الشركة لا يحول دون حق كل منهما فى مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٠ ص ٩٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن من واجبات الشريك أن يبين حالة الشركة التى هو مديرها وما تنتجه من ربح أو خسارة ويثبت ذلك ، فإن لم يفعل فهو مدين بجميع رأس المال ، ويجب الحكم عليه به جميعه ولا وجه لتجزئته (٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢١ ص ٧٦) .

للشركة فيقبض الثمن ، أو يؤجر مالا لها فيقبض الأجرة ، أو يستوفى ديناً للشركة ، أو يشترى مالا من الشركة أو يستأجر منها مالا فيجب عليه الثمن أو الأجرة ، أو يقوم بغير ذلك من الأعمال فيقبض مالا لحساب الشركة . فالواجب عليه ألاّ يحتجز هذا المال فى يده ، بل يوفيه للشركة فوراً ، إلا ما يقضى به العرف فى التعامل أو الاتفاق أو نظام الشركة . وقد يأخذ مالا من الشركة لعمل يقوم به فلا يتم العمل ، أو يأخذ مالا لها لاستعماله الشخصى أو لغير ذلك من الأسباب ، فنى جميع هذه الأحوال يجب أن يرد للشركة مالها فوراً ، ما لم يقض العرف أو الاتفاق أو نظام الشركة بغير ذلك[1] .

فإذا هو احتجز مالا للشركة ، أو أخذ من الشركة مالا ، ولم يوفها ما احتجزه أو ما أخذه ، كان مسئولا عن رد هذا المال للشركة ، وكان مسئولا أيضاً عن فوائده بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى حسب الأحوال، بمجرد ترتب الالتزام برد المال فى ذمته للشركة إلى وقت الرد ، وذلك دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار . وهذا كله دون إخلال بأى تعويض تكميلى عن ضرر يصيب الشركة من جراء التأخر ويزيد على الفوائد المستحقة . وقد رأينا مثل ذلك فيما إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، فتلزمه فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء (م ٥١٠ مدنى)[2] .

---

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٩١ — جيوارا فقرة ١٩٩ — ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشريك لم يؤد حصته إلى الشركة وجبت عليه تأديتها ، ولا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة أن شريكاً آخر معسراً لم يؤد حصته من رأس المال (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٥ ص ١٧٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥٥ .

والشريك فى كل ذلك مسئوليته أشد من مسئولية الوكيل ، إذ الوكيل لا تلزمه فوائد المبالغ التى فى ذمته للشركة إلا من وقت استخدامها لصالحه أو من وقت أن يعذر (م ٢/٧٠٦ مدنى)[١] .

وقياساً على ما تقدم ، يمكن القول إن الشريك إذا احتجز أو أخذ مالا للشركة غير النقود ، كأوراق مالية أو منقولات ، كان مسئولا عن رده وكان مسئولا أيضاً عن التعويض دون حاجة إلى إعذار[٢] ، حتى لو لم يكن قد أفاد من هذا المال شيئاً ما دامت الشركة قد لحقها الضرر[٣] . أما إذا كان المحتجز أو المأخوذ نقودا ، فالفوائد تستحق على النحو الذى قدمناه حتى لم يصب الشركة ضرر[٤] .

المبحث الثانى
حقوق الشريك

٢١٥ – حق الشريك فى استرداد المصروفات النافعة مع فوائدها –

نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق فى مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها »[٥] .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٥ .

(٢) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٩٠ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٢٥٨ – جيوارا فقرة ٢٠١ – بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٥٦ – جيوارا فقرة ١٩٩ – بودرى وڤال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أضيفت =

ومن أولى حقوق الشريك ، كما رأينا ، أن يقتسم الأرباح مع شركائه على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . وهو ، حتى لو كان منتدباً للإدارة ، لا يأخذ فى الأصل أجراً على عمله إلا إذا كان هناك اتفاق على الأجر[1] ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل (م ٧٠٩ مدنى) :

ولكنه قد ينفق مصروفات فى سبيل تدبيره لمصالح الشركة ، فيفى مثلا بديون الشركة من ماله الخاص ، أو يتعهد لحساب الشركة فيلتزم شخصياً نحو الغير وينفذ تعهده ، أو يمد الشركة بشىء من ماله ينفقه فى مصالحها . فإذا كانت المصروفات التى أنفقها تعود بالنفع على الشركة ، وكانت غير

=العبارة الأخيرة « من يوم دفعها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٢/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٢٠/٤٢٧ : الشريك ملزم .. وله فوائد المبالغ المطلوبة له منها ، والحق فى استيلاء ما صرفه فى مصلحة الشركة بالوجه اللائق بدون غش ولا تفريط .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٠/٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٥/٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٢/٢ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٧٣ : لكل شريك حق الادعاء على بقية الشركاء فيما يعادل حصصهم فى الشركة : أولا - من أجل المبالغ التى صرفها لحفظ الأشياء المشتركة ، والنفقات التى قام بها لمصلحة الجميع عن روية وبدون إسراف . ثانياً - من أجل الموجبات التى ارتبط بها لمصلحة الجميع عن روية وبدون إسراف .

م ٨٧٤ : لا يحق للشريك القائم بالإدارة أن يتناول أجراً من أجل إدارته إلا إذا نص صريحاً على ذلك . ويطبق هذا الحكم على بقية الشركاء فيما يختص بالعمل الذى يعملونه لمصلحة المشتركة أو بالخدمات الخاصة التى يقومون بها للشركة والتى لا تدخل فى موجباتهم كشركاء .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر م ٨٧٤ لبنانى آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش .

مبالغ فيها بل كان الإنفاق عن حسن نية وتبصر ، فإنه يرجع على الشركة بما أنفق ، إما باعتباره وكيلا وإما باعتبارة فضـــولياً . وفى الحالتين لا يقتصر على الرجوع بالمبالغ التى أنفقها ، بل يرجع أيضاً بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاق ، من يوم أن دفعها[1] . وشأن الشريك فى ذلك شأن الوكيل (م ٧١٠ مدنى) وشأن الفضولى (م ١٩٥ مدنى)[2] .

٢١٦ — تصرف الشريك فى حقه فى الشركة — إشراك الغير فى حقه (الرويف croupier) : ويحسن تحديد حق الشريك فى الشركة قبل الكلام فى التصرف فى هذا الحق . فليس حق الشريك فى الشركة هو حصته فى رأس المال ، فإن هذه الحصة قد قدمها للشركة فانتقلت ملكيتها منه إليها على النحو الذى قدمناه . فالشريك إذن لا يكون مالكاً لحصته بعد تقديمها للشركة ، ومن ثم لا يستطيع أن يتصرف فى هذه الحصة . وإنما حق الشريك فى الشركة هو حق دائنية (droit de créance) يخول له أن يساهم فى أرباح الشركة وأن يقتسم رأس مالها مع سائر الشركاء بعد حلها وتصفيتها[3] . فهل يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق للغير ؟

الأصل أن الشريك إنما لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكاً ، فلا يجوز أن ينزل عن حقه فى الشركة[4] ، بعوض أو بغير

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٣٣ .

(٢) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢١٥ وفقرة ٢١٧ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٥ .

(٣) قارن بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٧١ ، ويذهبون إلى أن حق الشريك هو حق ملكية معنوية (propriété incorporelle) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ .

عوض ، لأجنبي يحل محله ويصبح شريكاً مكانه(١) . وذلك ما لم يقبل سائر الشركاء هــذا التنازل ويرتضوا الأجنبي شريكاً ، ويكون هذا تعديلا فى عقد الشركة يقتضى الموافقة عليه من جميع الشركاء كما قدمنا . وقد ينص عقد الشركة مقدماً على إمكان هذا التنازل ، ويشترط له شروطاً يذكرها ، كأن يشترط موافقة الشركاء(٢) ، أو أن يعرض الشريك حقه على الشركاء قبل أن ينزل عنه لأجنبي(٣) ، أو غير ذلك من الشروط .

فإذا استوفى الشريك الشروط الواجبــة ، جاز له التصرف فى حقه لأجنبي ، وأصبح الأجنبي شريكا مكانه له جميع حقوق الشريك وعليه جميع واجباته . والتنازل فى هذه الحالة يكون أقرب إلى حوالة الحق ، فحق الشريك قبل الشركة كما قدمنا حق دائنية (droit de créance) ، فيجب إعلان الشركة به أو قبولها له حتى يكون التنازل نافذاً فى حقها ، ويجب أن

---

(١) ولكن هل يجوز للشريك أن يتنازل عن حقه لشريك آخر دون موافقة سائر الشركاء ؟ أجابت محكمة مصر بأن المادة ٤٤١ مدنى (قديم) لا تمنع أحد الشركاء من أن يتنازل لشريك آخر عن حقوقه التى كسبها من الشركة ، كما لاتمنع أحد الشركاء من أن يقبل من زميله خروجه من الشركة مع تحمل الأول كل مسئوليات الثانى وكسبه لحقوقه (٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٤٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان نص العقد صريحاً فى أنه ليس لأى شريك حق التنازل أو بيع حصته لأى شريك آخر إلا بموافقة جميع الشركاء كتابة ، فإنه يكون صحيحاً ما قرره الحكم من أنه لا يسوغ لأحد الشركاء أن يقبل ما طلبه شريك آخر من تعديل حصته فى رأس المال مادام أن هذا الطلب لم يوافق عليه باقى الشركاء كتابة (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) . وانظر استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٢٥ – ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٩ .

(٣) بون فقرة ٦٦١ – جيوارا فقرة ٢٥٥ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٤٢ – فقرة ٢٤٤ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٩ ص ٣٢٧ .

يكون القبول ثابت التاريخ حتى يكون التنازل نافذاً فى حق الغير ، وهذه هي القواعد المقررة فى حوالة الحق[1] .

أما إذا لم يستوف الشريك الشروط الواجبة ، وتنازل مع ذلك عن حقه لأجنبي ، فإن التنازل يبقى قائماً بينه وبين الأجنبي[2] ، ولكنه لا يكون نافذاً فى حق الشركة أو الشركاء . فيبقى الشريك المتنازل شريكاً فى الشركة ويكون الأجنبي بعيداً عنها لا علاقة له بها ولا يجوز له التدخل فى شؤونها ، ويتقاضى الشريك حقوقه من الشركة ويرجع عليه الأجنبي بهذه الحقوق ؛ والشريك وحده هو الذى يطالب الشركة بالاطلاع على دفاترها ومستنداتها ، وبقسمة أرباحها ، وهو وحده الذى يحق له الاعتراض على عمل من أعمال الإدارة عندما يجوز للشركاء الاعتراض على هذه الأعمال ، وهو الذى يطالب بنصيبه فى رأس المال عند حل الشركة وتصفيتها . أما الأجنبي فلا يستطيع شيئاً من ذلك ، وإنما يرجع كما قدمنا على الشريك الذى تنازل له عن حقه ، وله أيضاً أن يرجع على الشركة باسم الشريك باعتباره دائناً له وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة فيطالب الشركة بحقوق الشريك لا بحقوقه هو[3] .

وكما أن الشريك لا يستطيع أن يتنازل عن حقه فى الشركة إلا بموافقة سائر الشركاء على النحو الذى قدمناه ، كذلك لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الشريك بالميراث. وسنرى فيما يلي أن الشركة تنتهى بموت أحد الشركاء (م٥٢٨/١ مدنى) ، وإن كان يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته

---

(١) جيوار فى البيع ٢ فقرة ٧٩٤ - أوبرى ورووإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٦ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٩ - وقارن بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٣٢ .

(٢) استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .

(٣) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٢٧ ص ١٤١ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٩ .

ولو كانوا قصرا ، كما يجوز الاتفاق على أن تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء وفى هذه الحالة لا يكون لورثة الشريك إلا نصيبه فى أموال الشركة (م ٢/٥٢٨ و٣ مدنى) ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

أما دائنو الشريك فليست لهم حقوق مباشرة على حق الشريك ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم فيما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها فيما يخصه فى الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة الصافية ، ويجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب الشريك[١] .

وإذا كان الشريك لا يحق له التصرف فى حقه تصرفاً ينفذ فى حق الشركة بدون موافقة الشركاء ، فإنه مع ذلك يستطيع بدون موافقة الشركاء أن يشرك غيره فى حقه ، فيتخذ له رديفاً (croupier)[٢] ، ولكن هذا الإشراك لا يكون نافذاً فى حق الشركة ، وتقتصر آثاره على العلاقة فيما بين الشريك والرديف[٣] . فإذا أشرك الشريك الرديف فى حقه بمقدار النصف مثلا ، قامت شركة من الباطن فيما بينهما ، وتكون شركة محاصة[٤] . فيكون لكل

---

(١) انظر م ٥٢٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

(٢) الرديف هو من يركب خلف الراكب ، أى أن الراكب يردفه خلفه . ولفظ croupier (أى الرديف) بالفرنسية يشير إلى عادة قديمة عندما كان السفر على ظهور الخيل ، فيردف الفارس راكباً خلفه . ويستعمل اللفظ كثيراً فى ألعاب الورق ونحوها ، فيشرك اللاعب رديفاً معه فى الربح وفى الخسارة (جيوار فقرة ٢٦٣ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٣٢٨ هامش رقم ٣) .

(٣) وقد نصت المادة ٤٤١ / ٥٣٨ من التقنين المدنى السابق على هذا الحكم إذ كانت تقول : « لا يجوز لأحد من الشركاء أن يسقط حقه فى الشركة كله أو بعضه ، إلا إذا وجد شرط يقضى بذلك . وإنما يجوز له فقط أن يشرك فى أرباحه غيره ، ويبقى هذا الغير خارجاً عن الشركة » . وليس فى التقنين المدنى الجديد نص مقابل ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

(٤) بودرى وثال ٢٣ فقرة ٢٢٦ .

من الشريك والرديف نصف أرباح الشريك من الشركة ، ويكون على كلٍّ منهما نصف الخسارة[1] . وإذا حلت الشركة وصفيت ، وأعطى الشريك نصيبه من رأس المال ، اقتسم معه الرديف هذا النصيب مناصفة . ولكن الرديف لاتكون له علاقة مباشرة بالشركة الأصلية ، فلا يطالبها بأرباح ، ولا تطالبه بخسارة ، ولا يستطيع أن يشترك فى مداولاتها ، ولا فى إدارتها ، وليس له حق الاعتراض على أعمال الإدارة ، ولا أن يطلب الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ؛ ولا أن يتدخل فى أى شأن من شؤونها ، وتبقى علاقته مقصورة على الشريك الذى كون معه الشركة من الباطن كما قدمنا . وهذا لايمنع من رجوع الرديف على الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة ، فيطالبها باسم الشريك بحقوق هذا الشريك فى الأرباح مثلا ، وبسائر الحقوق التى تكون للشريك قبل الشركة . كذلك للشركة أن ترجع بطريق الدعوى غير المباشرة على الرديف ، فتطالبه بوجه خاص باسم الشريك بالمساهمة فى خسائر الشركة[2] .

وعدم جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة إنما يسرى أثناء قيام الشركة[3] . أما بعد حل الشركة ، فيجوز لكل شريك ، وقد أصبح مالكاً على الشيوع لأموال الشركة ، أن ينزل عن حقه لأجنبي ، وأن ينيبه عنه فى التصفية ، ولهذا الأجنبي أن يستعمل حقوق الشريك وأن يحل محله[4] .

---

(١) والرديف لا يكون مسئولا عن إعسار باقى الشركاء ، ولا يلزم إلا بمقدار فائدته من حصة الشريك الذى هو رديف له (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) .

(٢) انظر فى كل ذلك بون فقرة ٦٢٣ – فقرة ٦٢٤ – لوران فقرة ٣٢٨ – جيوار فقرة ٢٦٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٥ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٢٦ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٠ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ – ٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٤٦ – ١٥ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٤ .

المبحث الثالث

حقوق دائنى الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء

المطلب الأول

حقوق دائنى الشركة

٢١٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة » .

« ٢ — وفى كل حال يكون لدائنى الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التى تخصصت له فى أرباح الشركة » .

وتنص المادة ٥٢٤ على ما يأتى :

« ١ — لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

« ٢ — غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة »[2] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٢٣ : ورد هذا النص فى المادتين ٧٠٦ و٧٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٥٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « يقضى بغير ذلك » ، واستعيض عنها بعبارة « يعفى الشريك من المسئولية =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٥٢٢/٤٢٩ و ٥٤٠/٤٤٣ و ٥٤١/٤٤٤[1] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٩١ — ٤٩٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥١٦ — ٥١٩ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٤٣ — ٦٤٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٠٦ — ٩٠٨[2] .

= عن ديون الشركة » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٩) .

م ٥٢٤ : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور بعض تحويرات طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٠ — ص ٣٦٢) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٥٢٢/٤٢٩ : ما يستحقه أحد الشركاء على الشركة واجب أداؤه له من جميع الشركاء ، فإن أعسر أحدهم وزع ما يخصه على باقى الشركاء .

م ٥٤٠/٤٤٣ : وإذا كان الشريك مأذوناً بالمعاملة مع الغير باسم الشركاء أو باسم الشركة ، كان كل واحد من الشركاء ملزماً لهذا الغير بحصة مساوية لحصة الآخر ، لا على وجه التضامن لبعضهم إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

م ٥٤١/٤٤٤ : ولهذا الغير فى كل الأحوال مطالبة كل من الشركاء بقدر حصته فى الربح الحاصل من العمل . (وأحكام التقنين السابق فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن فكرة الشخصية المعنوية للشركة لا تظهر ظهوراً واضحاً فى نصوص التقنين القديم) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩١ — ٤٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مصرى) .

م ٥١٧ : ١ — يجوز لدائنى الشركة أن يتمسكوا بحقوقهم على أموالها . ويكون الشركاء الذين تعاملوا باسم الشركة وعلى حسابها مسئولين بالتضامن شخصياً عن التزامات الشركة ، =

٢١٨ — حقوق دائني الشركة على أموال الشركة : لما كانت الشركة شخصاً معنوياً ، فأموالها ملك لها خاصة لا للشركاء . ومن ثم تكون هذه الأموال هي الضمان العام لدائني الشركة ، شأن الشركة في ذلك شأن كل

= ويكون مسئولا أيضاً الشركاء الآخرون ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك . ٢ – ويجب أن يعنى بإعلام الغير بذلك الاتفاق بالطرق المفيدة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على من لم يعلمه .

م ٥١٨ : عندما يطلب من الشريك الوفاء بديون الشركة ، يحق له أن يتمسك بتجريد أموال الشركة أولا ، ولو كانت الشركة تحت التصفية ، مبيناً مقوماتها التي يستطيع الدائن استيفاء حقه منها بلا صعوبة .

م ٥١٩ : من دخل شريكاً في شركة تم تأسيسها يكون مسئولا مع الشركاء الآخرين عن التزامات الشركة السابقة لاكتسابه صفة الشريك .

(ويختلف التقنين الليبي عن التقنين المصري : (١) في أن التقنين الليبي لم يذكر رجوع دائن الشركة على الأرباح التي حصل عليها الشريك من الشركة ، ولكن هذا الرجوع ليس إلا تطبيقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب . (٢) وفي أن التقنين الليبي جعل الشركاء مسئولين في مالهم الخاص إذا كانوا هم الذين تعاملوا مع الدائن وجعلهم متضامنين ، أما الشريك الذي لم يتعامل مع الدائن فيكون أيضاً مسئولا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٣ – ٦٤٤ (موافق – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٨ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٧ : لدائني الشركة أن يقيموا الدعاوى على الشركة الممثلة في أشخاص مديريها وعلى الشركاء أنفسهم . على أن تنفيذ الحكم الذي يصدر في مصلحتهم يجب أن يتناول أولا مملوكات الشركة . وتكون لهم الأولية في هذه الأموال على دائني الشركاء الخصوصيين .

م ٩٠٨ : إذا لم تكف أموال الشركة ، أمكنهم أن يرجعوا على الشركاء لاستيفاء ما بقي لهم من الدين على الشروط التي يقتضيها نوع الشركة . ويجوز حينئذ لكل من الشركاء أن يدلي ، تجاه الشركة ، بأوجه الدفاع المختصة به من وبالشركة أيضاً ، وتدخل المقاصة في ذلك .

م ٩٠٦ : من يدخل في شركة مؤسسة يرتبط على القدر الذي يستلزمه نوعها بالموجبات التي عقدت قبل دخوله فيها وإن يكن اسم الشركة أو عنوانها قد تغير . وكل اتفاق مخالف يكون لغوا بالنظر إلى الغير .

انظر أيضاً المواد ٩٠١ – ٩٠٥ من تقنين الموجبات في العقود اللبناني .

(وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

مدين . ويكون لدائنى الشركة أن يتقاضوا حقوقهم من أموال الشركة بالطرق القانونية المقررة ، ولا يزاحمهم فى ذلك الدائنون الشخصيون للشركاء لأن أموال الشركة ليست للشركاء كما قدمنا . وإذا كانت أموال الشركة لا تفى بجميع حقوق دائنيها ، قسمت هذه الأموال بينهم قسمة الغرماء ، مع مراعاة حقوق الدائنين الذين لهم قانونا التقدم على سائر الدائنين .

ولا يجوز لدائن الشركة أن ينفذ بحقه على أموال الشركاء الخاصة قبل أن ينفذ على أموال الشركة ، وإلا كان للشركاء حق طلب التجريد(١) . فدائن الشركة يتقاضى حقه أولا من أموال الشركة ، فإن بقى له شىء رجع به فى أموال الشركاء الخاصة(٢) على النحو الذى سنبينه .

٢١٩ — حقوق دائنى الشركة على أموال الشركاء الخاصة : فإذا فرض أن دائناً للشركة بمبلغ ألفين لم يستوف من مال الشركة غير ألف ، فإنه يرجع بالألف الباقية على الأموال الخاصة للشركاء . ونفرض أن الشركاء أربعة ، وأن أنصبتهم فى خسائر الشركة متساوية ، فيكون لدائن الشركة فى هذه الحالة أن يرجع على كل من الشركاء الأربعة بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة (م ٥٢٣ / ١ مدنى) ، فيرجع على كل منهم بمائتين وخمسين(٣) .

ولا يكون هؤلاء الشركاء الأربعة متضامنين نحو دائن الشركة ،

---

(١) انظر م ٥١٨ ليبى آنفاً فقرة ٢١٧ فى الهامش .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨ .

(٣) وهذا هو الحكم حتى لو كان أحد هؤلاء الشركاء دخل الشركة بعد تأسيسها وكان حق الدائن على الشركة قد ثبت قبل دخول هذا الشريك (انظر م ٥١٩ ليبى آنفاً فقرة ٢١٧ فى الهامش) .

إلا إذا كان التضامن مشترطاً ، فعندئذ يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الشركاء بالألف كلها ويرجع من دفع الألف على سائر الشركاء كل بقدر حصته طبقاً لقواعد التضامن . أما إذا كان التضامن غير مشترط[1] ، فإن دائن الشركة لا يرجع على كل شريك إلا بمائتين وخمسين كما قدمنا (م ٥٢٤ / ١ مدنى) ، ولكن إذا أعسر أحد هؤلاء الشركاء فلم يستطع دائن الشركة أن يتقاضى منه شيئاً ، فإن حصته فى الدين ، وهى مائتان وخمسون ، توزع على الثلاثة الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة (م ٥٢٤ / ٢ مدنى) . فيرجع دائن الشركة على كل من الثلاثة الباقين بثلاثمائة وثلاثين وثلث ، ويكون الشركاء هم الذين تحملوا تبعة إعسار صاحبهم ، ولم يتحمل الدائن هذه التبعة ، وهذه هى إحدى فوائد التضامن أثبتها القانون لدائن الشركة دون أن يثبت له بقية الفوائد . وإذا أعسر شريكان من الأربعة ، وزع نصيباهما على الاثنين الباقين ، ورجع دائن الشركة على كل من هذين الاثنين بخمسمائة .

وقد يتفق الشركاء على أن يكون نصيب كل منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص غير نصيبه فى تحمل خسائر الشركة ، فيكون نصيب الشريك فى تحمل خسائر الشركة مثلا الربع ونصيبه فى المسئولية عن ديون الشركة الثلث ، وعند ذلك يراعى هذا الاتفاق ، ويرجع دائن الشركة على هذا الشريك بثلث ما بقى من حقه لا بالربع فقط .

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع على أحد الشركاء فى ماله الخاص بنسبة معينة وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، زاحمه الدائنون الشخصيون لهذا الشريك ، لأن المال مملوك لمدينهم فيدخل فى ضمانهم . فإذا لم يف مال الشريك الخاص بحقوق دائن الشركة ودائنيه الشخصيين ، فما نقص من

---

(١) مصر ١٨ يناير سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٣٧ .

حق دائن الشركة يرجع به هذا على بقية الشركاء كل بقدر نصيبه فى الخسارة ، لأن هذا إعسار جزئى من أحد الشركاء يتحمله الباقون بهذه النسبة كما سبق القول .

ولا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من مسئوليته فى ماله الخاص عن ديون الشركة ، ويكون هذا الاتفاق باطلا ، ولا يستطيع الشريك الذى أعفى أن يتمسك بهذا الإعفاء ، لا قبل دائن الشركة ولا قبل سائر الشركاء . والبطلان هنا لنفس الأسباب التى سبق ذكرها عند الكلام فى بطلان شركة الأسد[1] . وإنما يجوز كما قدمنا أن يتفق الشركاء على أن يكون نصيب شريك منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص أقل أو أكبر من نصيبه فى تحمل خسائر الشركة .

٢٢٠ — حقوق دائنى الشركة على حصص الشركاء فى الأرباح :

على أن هناك جزءاً من أموال الشركاء الخاصة يتميز بأن دائنى الشركة يستطيعون أن ينفذوا عليه كله دون تقيد بنصيب الشريك فى مسئوليته عن الديون ، وذلك هو ما يصيب الشريك من أرباح الشركة . ذلك أن الشريك لا يجوز أن يخلص له ربح من الشركة قبل أن يستوفى دائنو الشركة حقوقهم كاملة ، وإلا كان مثرياً على حساب الدائنين . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ مدنى ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « يطابق هذا النص ما ورد بالمادة ٤٤٤ / ٥٤١ من التقنين الحالى (السابق) . والحكم الوارد به هو تطبيق للقواعد العامة ، إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير . وعلى ذلك يجوز

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٨ .

دائماً للدائن أن يرجع على الشريك بقدر ما عاد عليه من أرباح الشركة »[1] .

ونفرض . تطبيقاً لهذا النص ، أن شريكاً نصيبه فى خسائر الشركة هو الثلث ، وقد حصل من أرباحها على أربعمائة . وأن دائناً للشركة بقى له من حقه بعد أن استنفد مال الشركة ستمائة . فالدائن له أن يرجع فى هذه الحالة على هذا الشريك فى ماله الخاص بثلث ما بقى للدائن ، أى بمائتين . ولكن الدائن يستطيع أيضاً أن يرجع على الشريك بالأربعمائة كلها التى حصل عليها الشريك من أرباح الشركة ، لأن هذا الجزء من مال الشريك الخاص مسئول عن كل ما بقى من ديون الشركة كما قدمنا . فإذا استوفى الأربعمائة من الشريك لم يرجع عليه بشىء آخر لأنه استوفى أكبر القيمتين ، قيمة الثلث وقيمة نصيب الشريك من الأرباح . ويرجع دائن الشركة على بقية الشركاء بالمائتين الباقيتين بعد أن استوفى الأربعمائة ، ويستطيع هنا أيضاً أن يستوفى المائتين من أنصبة بقية الشركاء فى الأرباح على النحو الذى قدمناه .

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع فيما بقى له من حقه على نصيب شريك فى أرباح الشركة ، فإن هذا النصيب وهو مملوك للشريك يزاحمه فيه دائنو الشريك الشخصيون . ففى المثل المتقدم إذا رجع الدائن بالستمائة الباقية له على الشريك فى الأربعمائة التى هى نصيبه فى الربح ، ولم يكن للشريك مال خاص غير ذلك ، وكان له دائن شخصى بستمائة ، زاحم هذا الدائن دائن الشركة فى الأربعمائة ، وأخذ كل منهما مائتين . ويرجع دائن الشركة بما بقى له بعد ذلك على الشركاء الآخرين وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها .

ويرجع الدائن على الشريك فيما حصل عليه من أرباح الشركة بسبب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٨ .

العقد الذى أبرمه الدائن مع الشركة ، حتى لو كان هذا الدائن قد تعاقد مع مدير للشركة جاوز حدود سلطته أو مع شخص ليست له سلطة الإدارة أصلا . فما دام هذا التعاقد قد عاد بربح على الشريك ، كان للدائن أن يرجع عليه بمقدار هذا الربح ، إذ يكون الشريك قد أثرى على حساب الدائن فتنطبق قواعد الإثراء بلا سبب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وينطبق هذا النص على حالة الشريك الذى تعدى سلطته فى الإدارة أو الذى لم تكن له سلطة الإدارة ، ولكنه تعاقد باسم الشركة ، ففى الحالتين لا يسأل الشركاء إلا إذا كان قد عاد عليهم ربح من عمل هذا الشريك ، وبقدر هذا الربح »[1] .

المطلب الثانى

حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء

٢٣١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه من الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة بعد استنزال ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين »[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٤٣ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٢٠ - ٥٢١ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٤٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٠٩[1] .

٢٢٢ - لا حقوق للدائنين الشخصيين على أموال الشركة : الدائن الشخصى للشريك لا حقوق له على مال الشركة ، اذ أن هذا المال ملك للشركة لا للشريك مدينه كما سبق القول . فهو لا يستطيع أن ينفذ على

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٥٢٠ : ١ - يجوز لدائن الشريك الشخصى أن يتمسك بحقه فى الأرباح المستحقة للمدين مادامت الشركة قائمة ، وأن يتخذ الإجراءات التحفظية على الحصة التى تؤول لمدينه من التصفية . ٢ - وإذا لم تكن أموال المدين الأخرى كافية لاستيفاء حقوقه ، فيجوز للدائن الشخصى أن يطالبه كذلك فى أى وقت بتصفية حصة مدينه . ويجب أن تصفى الحصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب ما لم يتقرر حل الشركة .

م ٥٢١ : لا تجرى المقاصة بين ما تطلبه الشركة من ديون على شخص أجنبى عن الشركة وما يطلبه هو من ديون على الشريك .

(والتقنين الليبى يختلف عن التقنين المصرى فى أن الدائن الشخصى للشريك يستطيع فى التقنين الليبى إذا لم يجد وفاء لحقه فى الأموال الخاصة لمدينه أن يطلب تصفية حصة هذا الشريك) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٥ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٠٩ : لا يجوز لدائنى أحد الشركاء الشخصيين أن يستعملوا حقوقهم مدة قيام الشركة إلا فى قسم هذا الشريك من الأرباح المحققة بحسب الموازنة ، لا فى حصته فى رأس المال . وبعد انتهاء الشركة أو حلها يحق لهم أن يستعملوا تلك الحقوق فى حصته من ممتلكات الشركة بعد إسقاط الديون . بيد أنه يجوز لهم أن يلقوا حجزاً احتياطياً على هذه الحصة قبل كل تصفية .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

مال للشركة ، ولو بقدر حصة مدينه فى رأس المال . وإذا كان مديناً للشركة فإنه لا يستطيع أن يقاص الدين الذى عليه للشركة بالدين الذى له فى ذمة الشريك ، فهو مدين للشركة ودائن للشريك ، والشريك غير الشركة ، فلا تقع المقاصة[1] .

على أن الدائن الشخصى للشريك يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه الشريك قبل الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة . فيستطيع مثلا أن يطالب باسم الشريك بنصيب هذا فى أرباح الشركة ، وإذا كان الشريك دائناً للشركة بحق آخر استطاع دائنه أن يطالب باسمه الشركة بهذا الدين . ويجوز للشريك كذلك أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد الشركة على ما يكون للشريك من حقوق فى ذمتها . كنصيبه فى الأرباح أو ديون أخرى .

٢٢٣ — حقوق الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستمدة من الشركة : وللدائن الشخصى للشريك بداهة أن ينفذ على الأموال الخاصة للشريك مدينه ، فهذه الأموال ضمانه العام . وهو فى تنفيذه على هذه الأموال يزاحمه فيها دائن الشركة إذا كان لهذا حق الرجوع على أموال الشريك الخاصة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويجوز لدائن الشريك أن ينفذ على أموال الشريك الخاصة التى يستمدها من الشركة ، فيجوز له أن ينفذ على الأرباح التى يقبضها الشريك من الشركة ، ويزاحمه فيها دائماً دائن الشركة بما يتبقى له من حقوق يرجع بها على أموال الشريك الخاصة ، وقد سبق بيان ذلك .

وإذ صفيت الشركة أصبح رأس مالها مالكاً شائعاً بين الشركاء ، وأصبح للشريك المدين جزء شائع فى هذا المال يدخل ضمن أمواله الخاصة . ومن

---

(١) انظر هذا المعنى م ٥٢١ من التقنين الليبى آنفاً فقرة ٢٢١ فى الهامش .

ثم يملك دائنه الشخصى فى هذه الحالة أن ينفذ بحقه على هذا الجزء الشائع ، ولا تتصور مزاحمة دائنى الشركة له فى هذا الجزء ، فإن التصفية تقتضى أن تكون ديون الشركة قد وفيت جميعاً وما بقى من مال الشركة فهو ملك خالص للشركاء . على أن دائن الشريك يستطيع قبل التصفية وسداد ديون الشركة أن يتخذ الإجراءات التحفظية بالنسبة إلى حصة الشريك المدين ، فيحجز مثلا حجزاً تحفظياً تحت يد المصفى على حصة الشريك ، حتى إذا صفيت الشركة وسددت ديونها كان له أن ينفذ على هذه الحصة بعد أن أصبحت ملكاً خالصاً للمدين(١) .

---

(١) وهذه الأحكام قد نصت عليها المادة ٥٢٥ مدنى سالفة الذكر. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا قامت الشركة باستيفاء الوضع القانونى الصحيح ، كانت لها شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء ، وذمة منفصلة عن ذممهم . وأموال الشركة تعتبر ضماناً عاما لدائنيها وحدهم ، كما أن ذمة الشريك هى الضمان العام لدائنيه الشخصيين . وحقوق الشريك قبل الشركة ، إن كانت تدخل فى ذمته ، إلا أنها مندمجة فى الشركة . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة أن يزاحموا دائنيها ، فإذا ما انحلت الشركة وتمت التصفية جاز لدائنى الشريك التنفيذ على حصته . على أنه يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة : (١) أن ينفذوا بديونهم على حصته من الأرباح . (٢) أن يتخذوا الإجراءات التحفظية ، سواء فيما يتعلق بنصيبه فى الأرباح أو حصته فى الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٣) .

الفصل الثالث
انقضاء الشركة

٢٢٤ – أسباب انقضاء الشركة وتصفيتها : هناك أسباب تنقضى بها الشركة ، فإذا ما انقضت صفيت أموالها وقسمت ما بين الشركاء . أما القسمة فلا تكون إلا بعد التصفية ، وقد أصبح المال شائعاً بين الشركاء ، فتتبع فى قسمته القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع (م ٥٣٧ مدنى) .

والكلام فى قسمة المال الشائع يكون عند الكلام فى الملكية على الشيوع . فيبقى أن نبحث موضوعين : (١) أسباب انقضاء الشركة (٢) تصفية الشركة .

الفرع الأول
أسباب انقضاء الشركة

٢٢٥ – نوعان من الأسباب : هناك أسباب إذا قامت انقضت الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وهناك أسباب أخرى تبيح لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة .

المبحث الأول
أسباب انقضاء الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون

٢٢٦ – أسباب ترجع إلى محل الشركة وأسباب ترجع إلى الشركاء : الأسباب التى تنقضى بها الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون بعضها يرجع إلى محل الشركة من عمل تقوم به أو مال تستغله ، وبعضها يرجع إلى الشركاء

أنفسهم إذا مات أحدهم أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب من الشركة ؟

المطلب الأول

أسباب الانقضاء التي ترجع إلى محل الشركة

٢٢٧ – انتهاء الميعاد أو العمل وهلاك المال : محل الشركة هو العمل الذى تقوم به والمال الذى تستغله فى هذا العمل . فإذا زال هذا المحل زالت الشركة بزواله من تلقاء نفسها بحكم القانون . فنستعرض إذن : (١) انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها (٢) هلاك مال الشركة .

٢٢٨ – انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها – نص قانونى : تنص المادة ٥٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله » .

« ٢ – فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » .

« ٣ – ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٠ (أ و ب) والمادة ٧١١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٧١٠ (أ و ب) « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (أ) بانقضاء الميعاد المحدد للشركة (ب) بانتهاء العمل الذى قامت الشركة من أجله – م ٧١١ : « ١ – إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة ، أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة كان ذلك استمراراً للشركة الأولى . ٢ – إذا انقضت المدة المحددة للشركة ، =

= أو انتهى العمل الذى قامت الشركة من أجله ، ثم استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، كان هناك امتداد ضمنى للشركة ، من سنة إلى سنة ، بالشروط الأولى ذاتها . ٣ – يجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على امتداد الشركة ويترتب على اعتراضه وقف أثر الامتداد فى حقه » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص حتى أصبحت مطابقة لما استقرت عليه المادة ٥٢٦ فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك تحت رقم ٥٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٥ – ص ٣٦٦ – وص ٣٧٠ – ٣٧١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٤٢/٤٤٥ أولا وثانياً : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية :

أولا – بانقضاء الميعاد المحدد للشركة .

ثانياً – بانتهاء العمل الذى انعقدت الشركة لأجله . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٢ (ا و ب) : تنحل الشركة للأسباب التالية :

(أ) بانقضاء الميعاد المعين لها .

(ب) ببلوغها غرضها المشترك أو استحالة تحقيقه .

م ٥٢٣ : ١ – تمتد الشركة ضمناً ولأجل غير معين إذا استمر الشركاء فى القيام بأعمال الشركة بعد انقضاء المدة التى عينت لها . ٢ – ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أن التجديد الضمنى فى التقنين الليبى يجعل مدة الشركة غير معينة ، أما فى التقنين المصرى فيجعلها سنة فسنة) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٦ (ا وب) وم ٦٤٧ (موافق – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٢ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٩١٠ (أولا وثانياً) : تنتهى الشركة : أولا : بحلول الأجل المعين لها أو بتحقق شرط الإلغاء . ثانياً – إتمام الموضوع الذى عقدت لأجله أو باستحالة إتمامه .

م ٩١٢ : إن الشركة المنحلة حتما بانقضاء المدة المعينة لها أو بإتمام الغرض الذى عقدت لأجله ، يعد أجلها ممدداً تمديداً ضمنياً إذا داوم الشركاء على الأعمال التى كانت موضوع الشركة بعد حلول الأجل المتفق عليه أو إتمام العمل المعقودة لأجله ، ويكون هذا التجديد الضمنى سنة فسنة .

=

ويخلص من هذا النص أن الشركة قد يتحدد وقت قيامها بمدة معينة أو بعمل معين . فإذا انتهت هذه المدة أو فرغت الشركة من هذا العمل ، انقضت الشركة بمجرد انتهاء المدة أو بمجرد الفراغ من العمل . فإذا تألفت شركة وحددت مدتها بعشر سنين مثلا ، فبانتهاء عشر السنين تنقضى الشركة[1] . وإذا تألفت لبيع أراض محددة ، وفرغت من بيع كل هذه الأراضى ، انتهى عملها فانقضت . وتنقضى الشركة فى الحالتين ، ولو كان هذا ضد رغبة الشركاء ، وما عليهم إذا أرادوا الاستمرار فى العمل إلا أن يتفقوا على إنشاء شركة جديدة[2] .

على أنه إذا تحدد لقيام الشركة مدة معينة ، وقبل انتهاء هذه المدة اتفق الشركاء جميعاً على مدها ، امتدت الشركة ذاتها إلى ما بعد المدة المحددة بمقدار ما امتد منها[3] . فإذا كانت مدة الشركة خمس سنوات مثلا ، وبعد

= م ٩١٣ : يحق لدائنى أحد الشركاء الخصوصيين أن يعترضوا على تمديد أجل الشركة . على أنه لا يكون لهم هذا الحق إلا إذا كان مبلغ دينهم معيناً بموجب حكم اكتسب صفة القضية المحكمة . وهذا الاعتراض يوقف حكم تمديد الشركة بالنظر إلى المعترضين ، ويجوز لسائر الشركاء أن يقرروا إخراج الشريك الذى من أجله وقع الاعتراض . وقد عينت المادة ٩١٨ مفاعيل هذا الإخراج . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يشترط لاعتراض دائن الشريك على تجديد الشركة تجديداً ضمنياً أن يكون بيده حكم قد كسب قوة الأمر المقضى ، ولا يشترط التقنين المصرى ذلك) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وفقاً للمادة ٤٤٥ من القانون المدنى القديم تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون ، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين فى العقد ، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تحديد فلا سبيل إلى الاستمرار فى عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة ، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص فى عقد الشركة الجديدة على أن الغرض منها هو الاستمرار فى الشركة السابقة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٧ .

(٣) وقد تحدد مدة للشركة فى عقد تأسيسها ، وينص فى هذا العقد أنه إذا انقضت هذه المدة دون أن يخطر فى وقت معين أحد الشركاء الشركاء الآخرين بانتهاء الشركة امتدت الشركة =

أربع سنوات اتفق الشركاء على مد المدة ثلاث سنوات أخرى ، بقيت الشركة قائمة إلى أن تنتهى الثمانى السنوات ، خمس هى المدة الأصلية وثلاث امتدت لها الشركة . أما إذا انتهت الخمس السنوات ، فانقضت الشركة بانتهائها ، وأراد الشركاء الاستمرار فى العمل ، فإن الشركة التى يؤلفونها عند ذلك تكون شركة جديدة غير الشركة الأولى ، وتحتاج فى إنشائها إلى إعادة الإجراءات من كتابة ونشر وغير ذلك . وكذلك إذا انتهى العمل الذى ألفت من أجله الشركة ، بأن فرغت الشركة مثلا من بيع الأراضى المحددة التى تألفت لبيعها ، وأراد الشركاء الاستمرار فى العمل بشراء أراض جديدة وبيعها ، كانت الشركة التى يؤلفونها عند ذلك هى أيضاً شركة جديدة غير الشركة الأولى[1] .

فامتداد الشركة إذن غير تجديدها : الامتداد هو استمرار للشركة

= إلى مدة أخرى مساوية للمدة الأولى . فى هذه الحالة تمتد الشركة مدداً متوالية إلى أن يخطر أحد الشركاء الشركاء الآخرين فى الميعاد بانتهاء الشركة (استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٨٩) . فإذا لم يكن هناك ميعاد محدد للإخطار ، جاز لكل شريك أن يخطر الباقى بإنهاء الشركة فى أى وقت قبل انقضاء المدة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٧٥ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥١٧ – وقد يكون للشركة عمل معين وتتحدد لها مدة معينة على وجه تقريبى باعتبار أن هذا هذا العمل لا يستغرق عادة مدة أطول ، فتبقى الشركة فى هذه الحالة إلى أن ينتهى العمل ولو جاوز ذلك المدة المعينة ، لأن الاتفاق يجب تفسيره وفقاً لنية المتعاقدين . كذلك يكون للشركاء الاتفاق على تقصير الأجل ، فيتفقون على حل الشركة قبل انتهاء أجلها . وتنحل الشركة قبل حلول أجلها كذلك إذا اجتمعت كل الحصص فى يد شخص واحد (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٣ – فورنييه فقرة ١٢٩ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٢ ص ٣٣١ – وتنص المادة ٥٢٢ (هـ) من التقنين المدنى الليبى على أنه : « تنحل الشركة للأسباب التالية . . . (هـ) إذا زال تعدد الشركاء ولم يكون من جديد خلال ستة أشهر » . انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٧ .

الأصلية ، أما التجديد فإنشاء شركة جديدة غير الشركة الأصلية . والتجديد إما أن يكون تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمنياً كما فى عقد الإيجار . فالتجديد يكون صريحاً إذا اتفق الشركاء صراحة ، بعد انتهاء الشركة الأصلية بانقضاء مدتها أو انتهاء عملها ، على إنشاء شركة جديدة تمضى فى نفس الأعمال التى كانت الشركة الأصلية تقوم بها . ويكون التجديد ضمنياً إذا انتهت مدة الشركة أو انتهى عملها ، ومع ذلك استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة . ويختلف التجديد الضمنى عن التجديد الصريح فى شيئين : (أولا) يعتبر استمرار الشركاء فى العمل فى التجديد الضمنى اتفاقاً على إنشاء الشركة الجديدة ، فلا حاجة إلى اتفاق صريح مكتوب كما فى التجديد الصريح[1] ، ولكن يجب النشر فى التجديد الضمنى كما فى التجديد الصريح . (ثانيا) فى التجديد الصريح يتفق الشركاء على مدة الشركة الجديدة ، أما فى التجديد الضمنى فقد تكفل المشرع بتحديد هذه المدة إذ تتجدد الشركة الأصلية سنة فسنة بالشروط ذاتها[2] . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدى واضحة فى هذا المعنى ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمراراً للشركة الأولى[3] » .

---

(١) ولكن تسرى القواعد العامة فى الإثبات (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٣) .

(٢) انظر م ٢/٥٢٦ مدنى ، ويلاحظ أن هذا النص يقول : « امتد العقد » ، والمقصود أنه يتجدد .

(٣) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا النص خاص بالشركات المحددة المدة . وقد اهتم المشروع ، تفادياً للنزاع القائم فى الفقه والقضاء ، بتحديد الحالات التى يمتد فيها عقد الشركة ، وتلك التى ينتهى فيها وتقوم بدلها شركة جديدة . . . فتستمر الشركة الأولى قائمة إذا كان الامتداد قد حصل قبل انقضاء الأجل المتفق عليه . فإن كان قد اتفق على الامتداد (اقرأ التجديد) بعد انقضاء المدة المحددة ، =

وسواء امتدت الشركة أو تجددت ، فإن الدائن الشخصى للشريك ، إذا لم يجد فى الأموال الخاصة لمدينه وفاء بحقه ، كان له أن يعترض على الامتداد أو التجديد ، وأن يطلب تصفية نصيب مدينه فى الشركة حتى يتمكن من التنفيذ عليه . فيقف أثر الامتداد أو التجديد فى حق دائن الشريك ، بل إن الامتداد أو التجديد لا يتم فى هذه الحالة بين باقى الشركاء إلا باتفاق جديد يصدر منهم . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٦ مدنى كما رأينا[1] .

٢٢٩ — هلاك مال الشركة — نص قانونى : تنص المادة ٥٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها » .

« ٢ — وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء[2] » .

= فإن الشركة التى تقوم بعد ذلك هى شركة جديدة متميزة عن الأولى ، لأن انقضاء الشركة يقع بحكم القانون بمجرد حلول أجلها . كذلك فى حالة الامتداد (اقرأ التجديد) الضمنى عن طريق الاستمرار فى العمليات بعد انتهاء المدة ، تقوم شركة جديدة بنفس الشروط ، كما هو الحال بالنسبة للإيجار المجدد . . . ولكن النص يحدد مدة الشركة الجديدة بسنة واحدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩ — ص ٣٧٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « والفقرة الثالثة مقتبسة من المادة ٨٩٣ من تقنين طنجة والمادة ٩١٣ من التقنين اللبنانى . وإذا كان دائن الشريك لا يستطيع قبل حصول القسمة (اقرأ التصفية) أن ينفذ بحقه على نصيب الشريك ، فلا أقل من أن نسمح له بأن يمنع الشريك من أن يؤخر استعماله لحقه فى التنفيذ على أموال المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٠ (ح) والمادة ٧١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : =

— م ٧١٠ (حـ) : « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (حـ) بهلاك جميع مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه بحيث لا تبقى هناك فائدة فى بقاء الشركة » . م ٧١٢ : « ١ — إذا كان أحد الشركاء قد تعهد أن يقدم إلى الشركة شيئاً معيناً بالذات ، وهلك هذا الشيء قبل تقديمه إلى الشركة ، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء . ٢ — وتنحل الشركة أيضاً فى جميع الأحوال بهلاك الشيء المعين إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانتفاع بذلك الشيء مع احتفاظه بالملكية لنفسه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٢ — ص ٣٧٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٢/٤٤٥ ثالثاً : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (ثالثاً) بهلاك جميع مال الشركة أوهلاك معظمه بحيث لا تمكن إدارة عمل نافع بالباق . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٢ (حـ) : تنحل الشركة للأسباب الآتية : (حـ) بهلاك مالها كلياً أو بقدر جسيم بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها .

م ٥٢٧ ...٢ — وكذلك يجوز فصل الشريك إذا قدم حصته عملا فى الشركة أو على أساس الانتفاع بشيء ما إذا أصبح غير صالح للقيام بعمله أوهلك الشيء الذى قدمه لسبب خارج عن المديرين . ٣ — كما يجوز فصل الشريك الذى التزم بتقديم ملكية شيء إذا هلك ذلك الشيء قبل اكتساب ملكيته من قبل الشركة . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول يقضى بأنه إذا هلكت حصة الشريك قبل تسليمها أوهلك الشيء المنتفع به ولو بعد تسليمه ، فإن الشريك وحده هو الذى يفصل ولا تنحل الشركة) .

التقنين المدنى العراقى ٦٤٦ (حـ) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (حـ) بهلاك جميع مال الشركة أو بهلاك جزء كبير منه بحيث لا تبقى هناك فائدة من بقاء الشركة . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٠ (ثالثاً) : تنتهى الشركة . . (ثالثاً) بهلاك المال المشترك أو بهلاك قسم وافر منه لا يتسنى بعده القيام باستثمار مفيد .

م ٩١١ : إذا قدم أحد الشركاء للشركة حق الانتفاع بشيء معين ، فهلاك هذا الشيء قبل تسليمه أو بعده يقضى بحل الشركة بين الشركاء . ويجرى حكم هذه القاعدة عندما يستحيل على الشريك الذى وعد بتقديم صنعته أن يقوم بالعمل . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

ويخلص من هـــذا النص أن الشركة تنقضى بهلاك مالها ، بأن يتلف أو يضيع أو تستنفده الخسائر[١] ، دون أن يتفق الشركاء على تعويض ما هلك منه بزيادة الحصص ، ودون أن تعوض الشركة عن الهلاك[٢] .

فإذا هلك مال الشركة على هذا الوجه[٣] ، لم تجد ما تستطيع أن تستمر به فى أعمالها ، ويتحتم أن تنقضى بمجرد هلاك المال . وليس من الضرورى أن يكون هلاك المال مادياً ، بل يصح أن يكون معنوياً كما لو سحبت الرخصة التى تتيح للشركة القيام بعملها أو أبطل حق الاختراع الذى تستغله[٤] .

وليس من الضرورى أن يهلك كل المال ، بل يكفى أن يهلك جزء كبير منه بحيث لا يكفى الباقى بأن تقوم الشركة بعمل نافع . فإذا هلكت مبانى الشركة بسبب حريق مثلا ، وكانت المبانى هى العنصر الأساسى فى رأس المال ولا تستطيع الشركة بعد حريق المبانى أن تواصل عملها ، انقضت ، إلا إذا كانت المبانى مؤمناً عليها وقبضت الشركة مبلغ التأمين فإنها تبقى وتعيد المبانى . وليس هناك حد ثابت للهلاك الجزئى يجب الوصول إليـــه لانتهاء الشركة ، والأمر متروك تقديره إلى القاضى عند الخلاف بين الشركاء ، فإذا رأى أن الشركة لا تستطيع مواصلة العمل بالباقى من مالها حكم بأن الشركة قد انقضت . وقد ينص عقد تأسيس الشركة على نسبة معينة للهلاك الجزئى ،

---

(١) حتى لو لم يكن هناك خطأ أو تقصير أو سوء إدارة من أحد (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٢) .

(٢) إذ قد تعوض عن الهلاك كما لو كانت مؤمنة على المال فتقبض مبلغ التأمين ، أو كان هناك مسئول عن هلاك المال فترجع عليه الشركة بالتعويض .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٣٧ ص ٣٧٩ .

(٤) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٩ – بلانيول وريبير وليبارنير ١١ فقرة ١٠٥٣ ص ٣٢٢ .

كأن يتفق على أنه إذا هلك نصف أموال الشركة أو ثلثها اعتبرت الشركة منقضية[1] .

ويلحق بهلاك مال الشركة أن تهلك حصة أحد الشركاء إذا كانت هذه الحصة شيئاً معيناً بالذات تعهد الشريك بتقديمه ملكية أو منفعة ، وهلك قبل تسليمه للشركة[2] . وقد رأينا أن تبعة هلاك الشيء المعين

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ٣٦٧ .

(٢) أما إذا كان ما قدمه الشريك هو تمكين الشركة من الانتفاع بالشيء المعين بالذات ، (وهو التزام شخصي بالقيام بعمل) ، فإن الشركة تنحل إذا هلك هذا الشيء ، سواء كان الهلاك قبل تسليمه للشركة أو بعد التسليم . ذلك أن الشريك في الحالتين يتحمل تبعة الهلاك ، فلا يعود ، بعد الهلاك ولو بعد التسليم ، مساهماً بحصة في رأس المال ، فتنحل الشركة . وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً خاصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٧١٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « وتنحل الشركة أيضاً في جميع الأحوال بهلاك الشيء المعين ، إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانتفاع بذلك الشيء ، مع احتفاظه بالملكية لنفسه » (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص : « والفقرة الثانية خاصة بحصة الشريك التي تكون مجرد الانتفاع بمال ما ، مع احتفاظه بالملكية . في هذه الحالة يكون على الشريك التزام مستمر هو أن يمكن الشركة من الانتفاع بالشيء المدة المتفق عليها ، فإذا هلك الشيء أصبح مستحيلا عليه الوفاء بالتزامه هذا ، وتنعدم حصته في الشركة . وعلى ذلك تنحل الشركة في كل الحالات ، سواء أكان الهلاك بعد تقديم الشيء للشركة أم قبل ذلك ، مادام الهلاك قد حصل بقوة قاهرة ، كما هو الحال بالنسبة لانتهاء الإيجار بهلاك العين المؤجرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٤) .

كذلك تنحل الشركة إذا كانت حصة أحد الشركاء عملا وعجز الشريك ، قبل قيام الشركة أو بعد قيامها ، من أن يقوم بهذا العمل (انظر م ٢/٥٢٧ ليبي و م ٩١٩ لبناني آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

أما إذا كانت حصة الشريك حقاً عينيا هو حق المنفعة في الشيء ، فهلاك الشيء قبل التسليم يكون على الشريك وتنحل الشركة ، وهلاكه بعد التسليم يكون على الشركة ولا تنحل (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٤) .

بالذات الذى تعهد أحد الشركاء بتقديمه حصة فى الشركة تكون قبل التسليم على الشريك . ولكن الشريك فى هذه الحالة لا يلزم بتقديم بدل عن الشىء الذى هلك ، وإذا هو لم يتفق مع سائر الشركاء على تقديم هذا البدل فلا إجبار عليه فى ذلك ، وله أن ينسحب من الشركة . فتصبح الشركة على هذا النحو فى وضع لم تستكمل فيه جميع رأس مالها ، ويترتب على ذلك انعدام عنصر أساسى من عناصر الشركة وهو مساهمة كل شريك بحصة فى رأس المال(١) . وهذا لا يمنع من أن يتفق باقى الشركاء على بقاء الشركة فيما بينهم بالرغم من انسحاب الشريك الذى هلكت حصته ، بل لا يوجد ما يمنع كما قدمنا من الاتفاق مع هذا الشريك على أن يبقى ويقدم حصة بدلا من الحصة التى هلكت .

ويلاحظ أن هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يجعل الشركة تنحل ، حتى لو كانت الحصص الباقية كافية لقيام الشركة بأعمالها . أما هلاك هذه الحصة ذاتها بعد تسليمها للشركة فلا يجعل الشركة تنحل ، إذا كان الباقى من مال الشركة كافياً لاستمرارها فى العمل . والفرق بين الفرضين أنه فى حالة هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يصبح الشريك غير مساهم فى رأس مال الشركة ، لأن الحصة تهلك عليه لا على الشركة . أما بعد تسليم الحصة للشركة ، فهلاكها على الشركة لا عليه ، ويصبح هو مساهماً فى رأس مال الشركة بالرغم من هلاك الحصة .

المطلب الثانى

أسباب الانقضاء التى ترجع إلى الشركاء

٢٣٠ — طائفتان من الأسباب : وأسباب انقضاء الشركة التى ترجع

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٣ — انظر آنفاً فقرة ٦٥٦ .

إلى الشركاء تنقسم إلى طائفتين من الأسباب : (١) موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه (٢) انسحاب أحد الشركاء من الشركة أو إجماع الشركاء على حلها .

٢٣١ – موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه :

نص قانوني : تنص المادة ٥٢٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه » .

« ٢ – ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ، ولو كانوا قصرا » .

« ٣ – ويجوز أيضاً الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقاً لأحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء . وفى هـذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه فى أموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت وقوع الحادث الذى أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٠ (د) والمادة ٧١٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٧١٠ (د) :

« تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : ... (د) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإشهار إعساره أو إفلاسه أو بتصفية أمواله تصفية قضائية » – م ٧١٣ : « يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو أشهر إفلاسه أو إعساره أو صفيت أمواله تصفية قضائية أو انسحب من الشركة ، فإن الشركة تستمر بين الباقى من الشركاء ، وفى هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه فى أموال الشركة ، ويقدر نصيبه حسب قيمته وقت وقوع الحادث الذى أدى إلى خروجه من الشركة ، ويدفع إليه نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك =

= من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، وقد جاء فى ملحق لتقريرها ما يأتى : « اقترح أن تضاف إلى الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ عبارة : ما لم تر الجهة المختصة بالنظر فى شؤون القصر غير ذلك ، توخياً لحماية حقوق ناقص الأهلية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن جواز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك مسألة مبدئية يجب أن يفصل فيها لذاتها أولا . وما من شك فى أن الاتفاق على استمرار الشركة مع البالغين من ورثة الشريك جائز ولا اعتراض عليه ، فالوارث يؤول إليه من مورثه حقه فى الشركة لا فى الأعيان والأموال المملوكة للشركة ، مادامت فكرة التشخيص المعنوى للشركات قد تقررت . وهذا الوضع لا ينبغى أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك، وفى الإجراءات المقررة فى قانون المحاكم الحسبية والأحكام الأخرى الواردة فى باب الشركات ما يكفل حمايتهم . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص . والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مطمئناً إلى مستقبل وارثه . أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر فى شؤون القصر ، فلا يتمشى مع استقرار التعامل » . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٥٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٦ وص ٣٧٨ — ص ٣٨١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٤٥/٥٤٢ (رابعاً) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (رابعاً) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإفلاسه إذا لم يشترط فى عقد الشركة شيء فى شأن ذلك ، مع عدم الإخلال بالأصول الخصوصية المتعلقة بالشركات التجارية التى لا تنفسخ بموت أحد الشركاء الغير المتضامن أو إفلاسه أو الحجر عليه . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٥ : فى حالة وفاة شريك يجب على الشركاء الآخرين أن يصفوا حصة الورثة ، ما لم يفضلوا حل الشركة أو الاستمرار فيها مع الورثة أنفسهم إذا وافقوا عليه ، ما لم يوجد نص فى عقد الشركة يقضى بخلاف ذلك .

م ٥٢٨ : ١ — يفصل بقوة القانون كل شريك أشهر إفلاسه . ٢ — وكذلك يفصل بقوة القانون كل شريك تحصل دائن من دائنيه الخصوصيين على تصفية حصته بمقتضى المادة ٥٢٠ . وانظر أيضاً المادة ٥٢٩ وسيأتى ذكرها (انظر ما يلى فقرة ٧١١ فى الهامش) .

(ويختلف التقنين الليبى فى أن الإفلاس أو الإعسار لا تنحل به الشركة ، ولكن يفصل الشريك المفلس أو المعسر وتبقى الشركة قائمة بين سائر الشركاء . وجعل التقنين الليبى الحجر على أحد الشركاء سببا فى فصله : انظر م ١/٥٢٧ ليبى) . =

ويخلص من هذا النص أن الشركة تنقضى إذا مات أحد الشركاء فلا تحل ورثته محله ، إذ أن شخصية الشريك فى الشركات المدنية تكون

= التقنين المدنى العراقى م ٦٤٦ (د) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (د) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإشهار إفلاسه . م ٦٤٨ (موافقة للفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٥٢٨ مصرى) . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٧ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٠ (رابعاً وخامساً) : تنتهى الشركة : . . (رابعاً) بوفاة أحد الشركاء أو بإعلان غيبته أو بالحجر عليه لعلة عقلية ، ما لم يكن هناك اتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو من يقوم مقامه أو على استمرارها بين الأحياء من الشركاء . (خامساً) بإعلان إفلاس أحد الشركاء أو تصفيته القضائية .

م ٩١٦ : إذا نص على أن الشركة تداوم بعد وفاة أحد الشركاء على أعمالها مع ورثته ، فلا يكون لهذا النص مفعول إذا كان الوارث فاقد الأهلية . على أنه يحق للقاضى ذى الصلاحية أن يأذن للقاصرين أو لفاقدى الأهلية فى مواصلة الشركة إذا كان لهم فى ذلك مصلحة ذات شأن ، وأن يأمر فى هذه الحالة بجميع التدابير التى تقتضيها الظروف لصيانة حقوقهم .

م ٩١٨ : فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩١٤ وفى جميع الأحوال التى تنحل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحجر عليه أو إعلان عدم ملاءته أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يداوموا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضى بإخراج الشريك الذى كان السبب فى حل الشركة . وفى هذه الحالة يحق للشريك المخرج أو لورثة المتوفى أو غيرهم من الممثلين القانونيين للمتوفى أو المحجور عليه أو الغائب أو المعسر ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح بعد أن تجرى تصفيتها فى اليوم الذى تقرر فيه الإخراج . ولا يشتركون فى الأرباح والخسائر التى تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكون ، أى الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التى سبقت إخراج الشريك الذى يخلفونه أو غيبته أو وفاته أو إعساره . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا فى التاريخ المعين للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩٢٠ : إن ورثة الشريك المتوفى ملزمون بالموجبات التى تترتب على ورثة الوكيل .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يتطلب إذناً من الجهة المختصة لجواز استمرار ورثة الشريك القصر فى الشركة ، وينص على أن الحجر يكون لعلة عقلية ، وينص على الغيبة ، ويستلزم استصدار حكم من المحكمة لإخراج الشريك الذى كان السبب فى حل الشركة حتى يتمكن باقى الشركاء من استبقاء الشركة فيما بينهم . ويلزم ورثة الشريك المتوفى بما يلزم به ورثة الوكيل) .

دائماً محل اعتبار وتقوم الشركة على الثقة الشخصية ما بين الشركاء . والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك الشخصية لا إلى صفات الورثة(١) . على أنه لا يوجد ما يمنع من أن ينص فى عقد الشركة على أنه فى حالة موت أحد الشركاء تبقى الشركة قائمة ، ويحل الورثة محل الشريك الذى مات(٢) . فيتبين عندئذ أن الشركاء لم يتعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك ، وأنه لا مانع عندهم من أن يحل محل الشريك ورثته . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً ، كما إذا اتفق الشركاء فى عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة لأجنبي وإحلال المتنازل له محله فى الشركة(٣) ، فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن يحل محل الشريك غيره ، وإذا جاز للأجنبي أن يحل محل الشريك فأولى أن يحل محله الورثة(٤) . فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى على هذا النحو(٥) ، ومات أحد الشركاء ، فإن الشركة لا تنقضى بل تبقى قائمة ، ويحل محل

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان المقرر قانوناً أن شركة الأشخاص تنقضى بوفاة أحد الشركاء فإن المقرر علماً وعملا أنه عقب الوفاة يجب تعيين مصف للشركة ، فإن لم يعين كان باقى الشركاء هم المصفون لها . ويحدث هذا خصوصاً إذا كانت الشركة مكونة من شخصين ، فوفاة أحدهما تجعل الثانى مصفياً لها . فإن استمر الثانى فى أعمال الشركة ولم يصفها فهو مسئول عن عمله هذا ، ولورثة الشريك الحق فى التصديق على تصرفه أو فى عدم إجازته . فإذا لم تتم التصفية تعتبر الشركة قائمة بين الشركاء أو بين ورثتهم من قبيل التجاوز للمصلحة ، وإلا ضاعت حقوق الشركاء (٢١ نوفبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٦٠) .

(٢) استئناف مصر ١٢ نوفبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤ .

(٣) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٨ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ .

(٤) وقد يبقى الشركاء فى الشركة بعد موت أحدهم ، فيكون هذا منهم اتفاقاً ضمنياً على بقاء الشركة ، فتكون الشركة قد انحلت بالموت ثم حصل اتفاق ضمنى على استمرارها بين الشركاء (قارن محكمة الاسكندرية الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية رقم ١٥٢ ص ١٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ — ص ٣٦٩ .

الشريك الذى مات ورثته ، ولو كان هؤلاء الورثة قصراً دون حاجة إلى إذن من المحكمة[1] . ويمثل الورثة القصر فى الشركة الولى أو الوصى[2] . وقد يعترض على الحكم بأن ورثة الشريك يصبحون شركاء دون رضائهم ، ولكن يسهل دفع هذا الاعتراض إذا لوحظ أن الورثه يؤول إليهم من مورثهم حقه فى الشركة لا فى الأعيان والأموال المملوكة للشركة ، فيجدون أنفسهم شركاء وقد دفع مورثهم الحصة عنهم . « وهذا الوضع لا ينبغى أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك ، وفى الإجراءات المقررة فى قانون المحاكم الحسبية (قانون الولاية على المال) والأحكام الأخرى الواردة فى باب الشركات ما يكفل حمايتهم . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص[3] ، والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مطمئناً إلى مستقبل وارثه ، أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر فى شؤون القصر فلا يتمشى مع استقرار التعامل »[4] .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ société civile فقرة ١٤٩ — وينقسم النصيب على الورثة إلا إذا نص عقد الشركة أن يكون غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الشركة : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ وص ٣٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يصح القول باستمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح ، أو إذا كانت طبيعة عمل الشركة والغرض من إنشائها يتحتم معه استمرارها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم العمل الذى أنشئت من أجله . وإذن فإذا قال الحكم باستمرار الشركة بناء على أن الاتفاق على استمرارها مستفاد من الفكرة فى إنشاء المحل التجارى الذى هو محلها والغرض الذى توخاه الشريكان ونوع التجارة وما بين الشريكين من صلة الأخوة والثقة المتبادلة الخ الخ ، فكل ما قاله من ذلك لا يصح أن يترتب عليه وجوب استمرار الشركة ، وخصوصاً إذا كان من بين ورثة الشريك المتوفى قصر لا أهلية لهم (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨) .

(٤) انظر ملحق تقرير مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٠ — ص ٣٨١ — وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش — بودرى وفال ٢٣ فقرة ٣٩٤ — بلانيول =

وكما يجوز أن ينص فى عقد تأسيس الشركة أن الشركة تبقى مع ورثة من يموت من الشركاء ، كذلك يجوز النص على أن الشركة تبقى بين الباقى من الشركاء وحدهم[١] . وفى هذه الحالة الأخيرة يأخذ الورثة نصيب مورثهم فى الشركة نقداً ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت موت الشريك ، ولا يكون للورثة نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على موت الشريك (م ٣/٥٢٨ مدنى) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تنحل بوفاة أحد الشركاء . . . بل تستمر بين بقية الشركاء ، ويقصد بهذا الشرط تفادى حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية . فيستولى (ورثة) الشريك . . على قيمة الحصة نقداً ، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة فى الشرط . وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة . . ولا ينظر إلى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة . ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة ، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر فى مركز الشركة المالى ، فإنه غالباً ما يتفق فى العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد[٥] عمل قبل تحقق الحادث الذى أدى إلى خروج الشريك

= وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٨ — وإذا استمر أحد الورثة دون الباقى ، كان استمراره هذا سارياً عليه وحده لا على سائر الورثة إلا إذا قبل هؤلاء (استئناف وطنى ١٣ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٣٨) . وقد ينص على أن الشركة تبقى مع أحد الورثة أو بعضهم دون الباقى ، فيصح ذلك ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة هؤلاء الورثة إذا أقروه نفذ ، ولا يجبرون عليه وإلا كان ذلك تعاملا فى تركة مستقبلة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٩٨) .

(١) وقد ينص فى عقد الشركة أنه عند موت أحد الشركاء يكون باقى الشركاء بالخيار ، إما فى حل الشركة ، وإما فى بقائها فيما بينهم وحدهم ، وإما فى بقائها مع ورثة الشريك الذى مات (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) انظر فى تقدير النصيب بحسب آخر جرد بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٧ (٢) — فقرة ١٠٥٧ (٥) .

(الوفاة) ، كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية »[1] .

ويخلص من نص المادة ٥٢٨ مدنى السالف الذكر أيضاً أن الشركة تنقضى بالحجر على أحد الشركاء[2] أو بإعساره أو بإفلاسه[3] ، فلا يحل القيم محل المحجور عليه فى الشركة أو يحل السنديك محل الشريك المفلس. وانقضاء الشركة بالحجر أو الإعسار أو الإفلاس إنما يقوم على نفس الاعتبارات التى يقوم عليها انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء ، فكما لا يجوز أن تحل الورثة محل الشريك فى الشركة لأن الشريك قد لوحظت شخصيته ، كذلك لا يجوز أن يحل محل الشريك القيم أو السنديك أو غير ذلك من الممثلين . هذا إلى أنه بالإعسار أو الإفلاس تجب تصفية أموال المعسر أو المفلس ، ويدخل فى ذلك نصيبه فى الشركة ، فيخرج هذا الشريك ، ومن ثم تنحل الشركة بخروجه . بل لا يجوز هنا أن يتفق الشركاء فى عقد تأسيس الشركة على أنه فى حالة الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه تبقى الشركة قائمة بين باقى الشركاء وممثل هذا الشريك ، كما جاز ذلك عند موت أحد الشركاء وبقاء الشركة مع ورثة هذا الشريك . ذلك أن الشريك يستطيع أن يلزم ورثته بالحلول محله فى الشركة ، ولكنه لا يستطيع أن يلزم ممثله بذلك إذا هو حجر عليه أو أعسر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٧ — ص ٣٧٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والحجر أيضاً يترتب عليه بحكم القانون إنحلال الشركة ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحجر قانونياً بناء على عقوبة جنائية أو قضائياً لعته أو جنون أو سفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨) .

وانظر أيضاً بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦١ .

(٣) وكالإفلاس التصفية القضائية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٢ — بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٢٤) . وإذا أفلس أحد الشريكين فانحلت الشركة بإفلاسه قبل ميعادها ، جاز للشريك الآخر الرجوع عليه بتعويض لأنه تسبب فى حل الشركة قبل المعاد (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٣) .

= التمهيدي على الوجه الآتي : « تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (هـ) بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب وأن يتم هذا الإعلان قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون الشريك قد انسحب عن غش أو في وقت غير لائق . (و) بإجماع الشركاء على حلها . (ز) بحكم قضائي يصدر بحل الشركة » . وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع بقي يتضمن وجوب أن يتم إعلان إرادة الشريك في الانسحاب قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وصار النص رقمه ٥٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت مدة الثلاثة الأشهر واكتفي بأن الشريك الذي يريد أن ينسحب من شركة غير معينة المدة يعلن انسحابه إلى سائر الشركاء قبل حصوله دون تقيد بزمن ، على ألا يكون الانسحاب واقعاً عن غش أو في وقت غير لائق ، لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يتفق مع قواعد العدالة ، وصار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٢ – ص ٣٨٤) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٤٥/٥٤١ (خامسا وسادساً) : تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية : (خامساً) بإرادة أحد الشركاء . (سادساً) بانفصال أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة ليست معينة ، بشرط ألا يكون هذا الانفصال مبنياً على غش ولا في غير الوقت اللائق له . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٤٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٢ (د) : تنحل الشركة للأسباب التالية : . . (د) بإجماع الشركة على حلها .

م ٥٢٦ : ١ – يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة إذا كانت مدتها غير محددة بزمن أو موقوفة على حياة أحد الشركاء . ٢ – ويجوز له أيضاً أن ينسحب من الشركة في الأحوال التي ينص عليها عقد الشركة أو إذا ظهر سبب مبرر لذلك . وفي الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من هذه المادة يجب على الشريك أن يعلن إرادته إلى الشركاء الآخرين قبل ثلاثة أشهر على الأقل من انسحابه . (وأحكام التقنين الليبي في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين الليبي يجعل ميعاد إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٦ (هـ – و) : تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (هـ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير مناسب . (و) بإجماع الشركاء على حلها . (وأحكام التقنين العراقي تتفق =

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الشركة غير معينة المدة ، جاز لأى شريك أن ينسحب منها بشروط معينة ، ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة .

فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة ، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل ، بأن كانت مدتها مثلا خمس سنوات أو كان العمل الذى تقوم به هو بيع أراض محددة ، لم يجز للشريك أن ينسحب منها ، ووجب عليه البقاء إلى انتهاء المدة أو إلى انتهاء العمل . وليس له فى هذه الحالة إلا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانها . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محدودة العمل ، فقد أجاز القانون لكل شريك ، كما قدمنا ،

= مع أحكام التقنين المصرى فيما عدا أن التقنين العراقى استبقى مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر – انظر الأستاذ حسن الذنون ص ١٤٥ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٠ (سادساً وسابعاً) : تنتهى الشركة : . .(سادساً) باتفاق الشركاء ، (سابعاً) بعدول شريك أو أكثر ، إذا كانت مدة الشركة غير معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل الذى جعل موضوعاً للشركة .

م ٩١٥ : إذا لم تكن مدة الشركة معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل ، كان لكل من الشركاء أن يعدل عن الشركة بإبلاغه هذا العدول إلى سائر الشركاء ، بشرط أن يكون صادراً عن نية حسنة وألا يقع فى وقت غير مناسب . لا يعتبر العدول صادراً عن نية حسنة إذا كان الشريك الذى عدل يقصد الاستئثار بالمنفعة التى كان الشركاء عازمين على اجتنائها بالاشتراك . ويكون العدول واقعاً فى وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع فى الأعمال فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انحلالها ، وفى جميع الأحوال لا يكون للعدول مفعول إلا منذ انتهاء سنة الشركة ، ويجب أن يصرح به قبل هذا التاريخ بثلاثة أشهر على الأقل ، ما لم يكن ثمة أسباب هامة . وانظر أيضاً م ٩١٩ فيما يلى فقرة ٢٣٨ فى الهامش .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يحدد مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر أو يجعل الانسحاب لا يتم إلا بعد انتهاء سنة الشركة التى تم فيها الإعلان ، وذلك ما لم يكن ثمة أسباب هامة) .

أن ينسحب منها . إذ لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد ، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التى هى من النظام العام ، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلا[1] . وتقاس هذه الحالة على عقد العمل غير محدد المدة (م ٢/٦٩٤ مدنى) أو على عقد الإيجار غير محدد المدة (م ٥٦٣ مدنى) ، حيث يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإخطار يصدر منه وحده . وتعتبر الشركة غير معينة المدة إذا حددت لها مدة حياة الشركاء ، أو مدة طويلة تستغرق العمر العادى للإنسان[2] . وقد تكون الشركة غير معينة المدة ومع ذلك لا يجوز للشريك أن ينسحب منها ، إذا كان له الحق فى التنازل عن نصيبه فى الشركة دون قيد أو شرط . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لأن القصد من تقرير هذا الحق للشريك هو السماح له بأن يتحلل فى أى وقت يشاء من الالتزام الذى يقيد حريته لمدة غير محددة . وإذا كان يجوز له فى أى وقت بلا قيد ولا شرط أن يخرج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته ، فإنه لا يمكن مطلقاً تبرير حقه فى الانسحاب بمجرد إرادته المنفردة فيقضى بذلك على الشركة . والفقه والقضاء مجمعان على هذا الرأى : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ »[3] .

---

(١) لوران فقرة ٣٩٦ – جيوار فقرة ٣٣٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٤ . الأستاذ محمد كامل رسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٣٣ – عكس ذلك بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٣٨ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ ص ٣٤٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ – وانظر أيضاً لوران فقرة ٣٩٥ – جيوار فقرة ٣٢٤ وما بعدها – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ (١٣ و ١٤) – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ – فورنييه فقرة ١٢٧ – وانظر عكس ذلك بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٤٠ – فقرة ٤٤١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ – ص ٣٦٩ – وانظر عكس ذلك بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٤٦ .

فإذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ولم يكن للشريك حق التنازل عن نصيبه فى الشركة دون قيد ولا شرط ، جاز له ، كما قدمنا ، أن ينسحب من الشركة . ولكن يشترط لجواز انسحابه أن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وأن يكون حسن النية فى الانسحاب ، وألاّ ينسحب فى وقت غير لائق[1] . إما إعلان الانسحاب فليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفوياً[2] ولكن عبء الإثبات يقع عليه[3] . ولا ميعاد للإعلان ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يحدد له ميعاداً ثلاثة أشهر قبل حصول الانسحاب[4] ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا الميعاد واكتفت بألاّ يكون الانسحاب فى وقت غير لائق « لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يتفق مع قواعد العدالة »[5] . وأما أن يكون الشريك المنسحب حسن النية فى انسحابه ، فذلك حتى لا يسىء استعمال حقه فى الانسحاب ، فيكون مترقباً مثلا صفقة تدخل فى أعمال الشركة ولو بقى فيها عادت أرباح

---

(١) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤٣ – بنى سويف أول يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٤٤٥ ص ٧٣١ – فإذا لم تتوافر هذه الشروط لا يكون لانسحاب الشريك من أثر ، ويبقى بالرغم من انسحابه شريكا (جوسران ٢ فقرة ١٣٣٩) .

(٢) جيوار فقرة ٣٣١ – بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٤٥٣ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤ .

(٣) ولما كان إعلان الانسحاب تعبيراً عن الإرادة ، فهو تصرف قانونى يشترط لإثباته الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنيهات (جيوار فقرة ٣٣١ – لوران ٢٦ فقرة ٣٩٩ – وقارن بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٤٥٢ – فقرة ٤٥٣ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤) .

(٤) انظر أيضاً م ٥٢٦ ليبى و م ٩١٥ لبنانى آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٣ – ص ٣٨٤ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

الصفقة على الشركة ، فيعمد إلى الانسحاب ثم يعقد هذه الصفقة وحده حتى ينفرد بالأرباح[1] . وأما أن يكون الانسحاب غير واقع فى وقت غير لائق ، فذلك حتى لا تضطرب أعمال الشركة وتضار بخروج الشريك وانحلال الشركة فى وقت أزمة مثلا ، أو فى وقت كانت الشركة تنتظر فيه أرباحاً قريبة ، أو فى وقت شرعت الشركة فيه فى عمل فأصبح من مصلحتها أن يؤجل انحلالها . وتحديد ذلك مرتبط بالظروف ، والمرجع فيه تقدير القاضى عند اختلاف الشركاء[2] .

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر فى انسـحاب الشريك من الشركة ، ترتب على انسحابه انقضاء الشركة بحكم القانون . ولكن يجوز لباقى الشركاء أن يتفقوا على بقاء الشركة فيما بينهم وحدهم ، وذلك تطبيقاً للمادة ٥٢٨/٣ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك[3] .

---

(١) جيوار فقرة ٣٢٨ – بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٤٩ – وفى هذا المعنى تقول المادة ٢/٩١٥ لبنانى : « لا يعتبر العدول صادراً عن نية حسنة إذا كان الشريك الذى عدل يقصد الاستئثار بالمنفعة التى كان الشركاء عازمين على اجتنائها بالاشتراك » (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولم يحدد المشروع حسن النية بل ترك تقديره للظروف ، ومن المقرر فى هذا الصدد أن الشريك لا يعتبر حسن النية إذا كان لم ينسحب من الشركة إلا لكى يتمكن من الانفراد بربحها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وتقول المادة ٣/٩١٥ لبنانى فى هذا المعنى : « ويكون العدول واقعاً فى وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع فى الأعمال ، فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انحلالها » (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « .. ألا يحصل الانسحاب فى وقت غير لائق إذا حدث مثلا إبان أزمة ، أو أثناء الفترة الأولى لاستقرار الشركة وقبل حصولها على أرباح قريبة منتظرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) . وانظر بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٥٠ . ومن يدعى من الشركاء أن انسحاب الشريك كان فى وقت غير لائق أو أن انسحابه لم يكن بحسن نية يحمل عبء الإثبات (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٥١ مكررة) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

ويلاحظ أخيراً ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة هو حق شخصى محض ، ولذلك لا يجوز لدائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير المباشرة »[١] .

وسواء كانت الشركة مدتها معينة أو غير معينة ، فإنه يجوز للشركاء أن يجمعوا على حلها (م ٢/٥٢٩ مدنى سالفة الذكر) . وهذا الحكم بديهى ، فإن الشركاء هم الذين أنشأوا الشركة باتفاقهم ، فيستطيعون باتفاقهم أن يحلوها . فإذا كانت الشركة معينة المدة ، كان لهم أن يحلوها قبل انتهاء هذه المدة ، إذ يستطيعون باتفاقهم أن يقصروا أجل الشركة كما يستطيعون أن يمدوا هذا الأجل[٢] . وإذا كانت الشركة غير معينة المدة ، فإن انسحاب أحد الشركاء منها كاف لحلها كما قدمنا ، فأولى أن تحل بانسحاب جميع الشركاء[٣] .

المبحث الثانى

أسباب حل الشركة بحكم من القضاء

٢٣٣ — حالاته : قد تحل الشركة بحكم من القضاء ، ويتحقق ذلك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩ — وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٥ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ ص ٣٤٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) وإجماع الشركاء على حل الشركة هو تفاسخ من الشركاء للشركة ، ويثبت وفقاً لقواعد الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت القرائن التى استفادت منها محكمة الموضوع أن شركة فسخت عقب صدورها قد رددت بين الطرفين وسلم بها كل منهما ، فلا تكون المحكمة قد خالفت قواعد الإثبات باعتمادها على القرائن فى إثبات التفاسخ الضمنى بين الشركاء ، خصوصا إذا كان الخصم لم يمانع خصمه فى إثبات العدول عن التشارك أو فسخ الشركة بالقرائن ، فإن هذا وحده يسقط حقه فى الطعن على الحكم بتلك المخالفة (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٣ ص ١٠٤٠) .

فى حالتين : (١) يطلب أحد الشركاء من القضاء حل الشركة لسبب يبرر ذلك . (٢) يطلب أحد الشركاء فصل شريك آخر لسبب يسوغ ذلك ، أو يطلب الشريك إخراجه من الشركة مستنداً إلى أسباب معقولة وهنا تنحل الشركة .

المطلب الأول

حل الشركة بحكم قضائى

٢٣٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء . ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل » .

« ٢ — ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك »[١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٤٣/٤٤٦[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٩٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٥٢٤ — وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٤٣/٤٤٦ : يجوز للمحاكم أن تفسخ الشركة بطلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك آخر بما تعهد به ، أو لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان أشغال الشركة ، أو لأى سبب قوى آخر غير ذلك .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

المادة ٦٤٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المـادة ٩١٤[1] .

٢٣٥ — الأسباب التى تسوغ حل الشركة قضائياً : قد يطلب أحد الشركاء إلى القضاء حل الشركة لسبب يرجع إلى خطأ شريك آخر ، ويكون هذا بمثابة الفسخ القضائى للشركة[2] . ومن الأسباب التى ترجع لخطأ أحد الشركاء ألا يفى هذا الشريك بما تعهد به نحو الشركة ، كأن يقصر فى العمل الذى تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة ، أو يكون غير

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٤ : يجوز أن تنطق بحل الشركة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الشركاء ، ، وذلك إذا أخل الشركاء الآخرون بواجباتهم أو لأسباب جسيمة أخرى لا يد للشركاء فيها . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك .

(وأحكام التقنين الليبى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٩ : يجوز للمحكمة أن تحل الشركة بناء على طلب الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به ، أو لأى سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ حل الشركة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المدنى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٠ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعين ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اختلافات هامة بين الشركاء ، أو عدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن العقد ، أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركاء أن يعدلوا مقدما عن حقهم فى طلب حل الشركة فى الأحوال المنصوص عليها فى هذه المادة (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) ويستوى أن تكون الشركة محددة المدة أو تكون مدتها غير محددة ، ولا يغنى فى الحالة الأخيرة حق الشريك فى الانسحاب عن حقه فى طلب الفسخ القضائى (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٥٨) . وإذا اشترط فى عقد شركة أن من يطلب فسخ العقد بلا سبب يكون ملزماً بدفع مبلغ بصفة تعويض ، فهذا التعويض لا يكون واجباً على الذى فسخ العقد بسبب مخالفات أو خيانة صدرت من شريك آخر إضراراً بالشركة (استئناف وطنى ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ١٤ ص ٤٠) .

كفء له أو ألا يسلم للشركة حصته من رأس المال[1] . كذلك إذا كان الشريك مديراً غير قابل للعزل ، فأهمل فى إدارته أو خالف أغراض الشركة أو نظمها أو أحكام القانون ، فإن هذا سبب يرجع إلى خطأ الشريك ، ويسوغ لأى شريك آخر أن يطلب حل الشركة من القضاء . وإذا ثبت على أحد الشركاء غش أو تدليس أو خطأ جسيم يبرر حل الشركة ، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القضاء حل الشركة لهذا السبب . ولا حصر للأسباب التى ترجع إلى خطأ أحد الشركاء ، فوجود السبب وتقدير خطورته وهل هو يبرر حل الشركة أمر متروك تقديره إلى القاضى[2] .

فإذا ثبت على أحد الشركاء خطأ يبرر حل الشركة ، لم يجز لهذا الشريك المخطئ أن يطلب هو الحل ، ولكن يجوز لأى شريك آخر أن يطلب الحل كما قدمنا ، فإذ قدر القاضى أن السبب كاف لحل الشركة قضى بحلها ، وجاز له أن يحكم على الشريك المخطئ بالتعويض[3] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من نصوص عقد الشركة أن الشركة قد تكونت فعلا منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانونى وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها ، كما باشرت نشاطها من اليوم المحدد فى العقد ، فإن الشرط الوارد بالعقد والذى يقضى بأنه فى حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته فى رأس المال فى الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته — هذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطاً فاسخاً يترتب على تحققه لمصلحة باقى الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء ، ولا يعتبر قيام الشركة معلناً على شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع . وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى إلى انفساخ العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلب الفسخ (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) .

(٢) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦ — بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٦٨ وفقرة ٤٧٢ — فورنييه فقرة ١٢٨ ص ١٤٦ .

وقد يكون السبب الذى يطلب أحد الشركاء حل الشركة من أجله غير راجع إلى خطأ أى شريك آخر . مثل ذلك أن يمرض أحد الشركاء مرضاً خطيراً يعجزه عن القيام بعمله فى الشركة ، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة ، أو يهلك الشىء الذى قدمه حصة فى الشركة قبل تسليمه بسبب أجنبى . ويعتبر سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء[1] ، ووقوع حوادث طارئة غير متوقعة يجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها ، أسباباً تسوغ طلب حل الشركة من القضاء . وهنا أيضاً يترك للقاضى تقدير خطورة السبب ، وما إذا كان يبرر حل الشركة[2] .

وإذا كان السبب لا يرجع إلى خطأ أحد من الشركاء ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضـــاء حل الشركة ، ولا تجوز المطالبة بتعويض إذ لا تقصير فى جانب أحد من الشركاء[3] .

٢٣٦ — الأثر الذى يترتب على حل الشركة قضائياً : وحل الشركة قضائياً هو فسخ لها . وشأن الشركة فى ذلك شأن كل عقد ينشئ التزامات متقابلة ، إذا لم ينفذ جانب ما عليه من الالتزامات ، كان للقاضى أن يفسخ العقد . غير أنه لما كان عقد الشركة عقداً زمنياً كعقد الإيجار ، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعى[4] .

---

(١) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٤٦٤ — فورنييه فقرة ١٢٨ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ — واضطراب الحالة المالية للشركة ، وانعدام الأرباح ، وانعدام النقد اللازم لتسيير أعمال الشركة ، كل ذلك يصح أن يكون سبباً للحل القضائى (بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٤٦٢ — بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٨ — فورنييه فقرة ١٢٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ — بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧٢) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وإذا حكم القاضى =

٢٣٧ - حق طلب الحل القضائي من النظام العام وهو حق شخصي للشريك : وحق الشريك فى طلب حل الشركة حلا قضائياً يعتبر من النظام العام ، فكل اتفاق بين الشركاء يقضى بغيره يكون باطلا ، ولا يجوز للشريك أن يتنازل عنه قبل حدوث سببه (م ٢/٥٣٠ مدنى)[1] . وهو حق شخصى للشريك ، يترك إلى تقديره الخاص ، فلا يجوز لدائنيه استعماله بطريق الدعوى غير المباشرة[2] .

المطلب الثانى

فصل أحد الشركاء أو طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة

٢٣٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من

= بالفسخ ، فإنه خلافاً للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعى . والشركة إنما تنحل بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٦ - وانظر أيضاً بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠) .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠ - قارن بردرى وفال ٢٣ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٧ - بودرى وفال ٢٣ فقرة ٤٧٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وحق الشريك فى طلب الحل القضائى لوجود مبرر شرعى يدعو إليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ، ولذلك لا يجوز التنازل عنه قبل وقوع سببه ، ويكون باطلا كل اتفاق يحرم الشريك من هذا الحق . كما يلاحظ أيضاً أن هذا الحق شخصى محض ، فلا يستطيع دائنو الشريك ، ولا دائنو الشركة ، طلب الحل بناء على هذا النص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٦) . فدائنو الشركة لا يستطيعون أيضاً طلب حلها قضائياً ، ولكن لهم أن ينفذوا بحقوقهم على أموالها ، وأن يشهروا إفلاسها أو إعسارها (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٣٧ ص ٦٠٥ - انظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٢٨ ص ١٤٦) .

الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين » .

« ٢ – ويجوز أيضاً لأى شريك ، إذا كانت الشركة معينة المدة ، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفى هـــذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقى الشركاء على استمرارها[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٩٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٢٧ و م ٥٢٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٥٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٤ – ٩١٥ و م ٩١٨ – ٩١٩[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٥ من المشروع التمهيدى مقصوراً على الفقرة الأولى منه . وفى لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٩٩ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٧ – ص٣٨٩) .

(٢) ولذلك يكون التقنين المدنى الجديد قد استحدث هذه الأحكام ، ولا تسرى على الشركات المدنية التى تكون قد تأسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فهذه تسرى عليها أحكام التقنين المدنى السابق .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٥٢٧ : ١ – يجوز أن يفصل الشريك لأسباب جسيمة تتعلق بإخلاله بالالتزامات التى يفرضها القانون أو عقد الشركة أو لفقدان الشريك أهليته القانونية أو حرمانه من مزاولة مهنته أو أى مأمورية أو لصدور حكم بعقوبة يترتب عليها حرمانه ولو مؤقتاً من الوظائف العامة ... ٤ – وتقرر فصل الشريك أغلبية الشركاء ، ولا يحسب فى هذه الأغلبية =

= الشريك المراد فصله . ويسرى الفصل بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إلى الشريك المفصول . ٥ – ويكون للشريك المفصول أن يرفع اعتراضاً على الفصل إلى المحكمة الابتدائية . ويجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الفصل .

م ٥٢٩ : ١ – إذا انتهت العلاقة المشتركة إزاء شريك واحد فقط ، لا يحق له أو لورثته إلا مبلغ من النقود يعادل قيمة حصته . وتجرى تصفية الحصة على أساس حالة الشركة المالية يوم إنتهاء العلاقة . ٢ – وإذا وجدت أعمال لازالت قائمة ، يدخل الشريك أو ورثته فى الأرباح أو الخسائر المترتبة على الأعمال ذاتها . ويجب أن يتم دفع الحصة المستحقة للشريك خلال ستة أشهر اعتباراً من اليوم الذى انتهت فيه العلاقة المشتركة . ويظل الشريك أو ورثته مسئولين قبل الغيرعن التزامات الشركة إلى اليوم الذى تعد فيه العلاقة منتهية . ويجب أن يبلغ هذا إلى علم الغير بالوسائل الملائمة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على الغير الذى جهله دون خطأ منه . (والتقنين الليبى يجعل الفصل بأغلبية الشركاء وللشريك المفصول حق الاعتراض أمام القضاء) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥٠ : يجوز للشركاء أن يطلبوا من المحكمة أن تقضىبفصل شريك يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها ، أو قد تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تبقى الشركة قائمة فيما بين الباقين . (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥١ – ولم يتكلم التقنين العراقى فى طلب الشريك إخراجه من الشركة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعين ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اختلافات هامة بين الشركاء أوعدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن العقود أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركا أن يعدلوا مقدماً عن حقهم فى طلب حل الشركة فى الأحوال المنصوص عليها فى هذه المادة .

م ٩١٨ : فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩١٤ وفى جميع الأحوال التى تنحل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحجر عليه أوإعلان عدم ملاءمة أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يداوموا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضى بإخراج الشريك الذى كان السبب فى حل الشركة ، وفى هذه الحالة يحق للشريك المخرج أولورثة المتوفى أو غيرهم من الممثلين القانونيين للمتوفى أو المحجور عليه أو الغائب أوالمعسر ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح بعد أن تجرى تصفيتها فى اليوم الذى تقرر فيه الإخراج ، ولا يشتركون فى الأرباح والخسائر التى تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكون، أى الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التى سبقت إخراج الشريك الذى يخلفونه أو غيبته أو وفاته أو إعساره . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا فى التاريخ المعين للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩١٩ : إذا كانت الشركة مؤلفة بين اثنين ، جاز للشريك الذى لم يتسبب بانحلالها فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٩١٤ و٩١٥ أن يحصل على إذن من القاضى فى إبقاء =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك حالتين : (١) طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر (٢) طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة .

٢٣٩ – طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر : قدمنا أن للشريك أن يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجدت أسباب تبرر هذا الحل ، والقضاء يقدر خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت تسوغ الحكم بالحل . وقد تكون هذه الأسباب آتية من جهة أحد الشركاء كعدم وفاء هذا الشريك بالتزاماته أو صدور غش منه أو خطأ جسيم . ولكن قد يرى الشركاء أنه يكفى فصل الشريك المعترض عليه دون حل الشركة ، إذ تكون الشركة ناجحة فى أعمالها أو على وشك النجاح ، وأن وجود هـذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض . فأجاز القانون لأى من الشركاء فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء ، لا حل الشركة ، بل فصل الشريك الذى تكون تصرفاته محل اعتراض ، على أن تظل الشركة قائمة بين باقى الشركاء . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كان سبب الاعتراض على الشريك يبرر فصله(٦) .

= الشريك الآخر والمداومة على استثمار الشركة آخذاً لنفسه ما لها وما عليها . (انظر م ٩١٥ آنفاً فقرة ٤٧٠٥ الهامش) . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى : « اقتبس المشروع هذا النص من المادة ٢/٥٦١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو نص جديد لا نظير له فى التقنين الحالى (السابق) . وقد قصد المشروع به أن يقضى على النزاع القائم فى الفقه والقضاء فيما يتعلق بصحة اشتراط الحق للشركاء فى استبعاد شريك بالإجماع أو بموافقة الأغلبية . . وقد يكون فى السماح للشركاء بفصل واحد منهم لسبب جدى (انظر م ٧٣٧ من التقنين الألمانى رم ٥٧٣ من التقنين البولونى) مدعاة لخلق جو من عدم الثقة والتشكك فيما بينهم . مع أنه من ناحية أخرى لا يصح أن يقصر حق الشركاء فى هذه الحالة على إمكان طلب الحل من القضاء إذ يترتب على ذلك تحمل الشركاء للنتائج المترتبة على تقصير واحد منهم خصوصاً إذا كانت الشركة ناجحة موفقة . لذلك رأينا من المناسب أن نقرر للشركاء الحق فى طلب فصل =

وقد يكون الشريك المعترض عليه قد وفى بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو خطأ يبرر فصله ، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أسباباً معقولة لهذا الرفض . فيجوز لأى شريك آخر فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة ، حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة إلى أجل جديد .

وإذا حكم القضاء بفصل الشريك المعترض عليه ، بقيت الشركة قائمة بين باقى الشركاء واستمرت فى أعمالها طبقاً لنظمها . أما الشريك المفصول فيصفى نصيبه فى الشركة على الوجه الذى رأيناه فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى ، فيقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الفصل ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على الفصل[1] .

٢٤٠ — طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة : وكما يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء فصل شريك آخر لمبررات تسوغ ذلك على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كذلك يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة . ومن الأسباب المعقولة التى يستند إليها الشريك فى طلب إخراجه من الشركة أن تضطرب حالته المالية بحيث يصبح محتاجاً إلى تصفية نصيبه فى الشركة ليستعين به على إصلاح حاله ، أو أن تستدعى حالته الصحية أو ظروفه الخاصة اعتزال العمل فيعمد إلى تصفية أعماله ويدخل فى ذلك تصفية نصيبه فى الشركة . والقضاء هو الذى يقدر ما إذا كانت الأسباب التى يتقدم بها الشريك

= الشريك إذا وجدت أسباب مبررة لذلك . و القاضى هو الذى يقرر وجاهة تلك الأسباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

لإخراجه من الشركة أسباباً تبرر إجابته إلى هذا الطلب . وقد كان من الممكن ، من غير هذا النص ، أن يطلب الشريك إخراجه من الشركة بموافقة سائر الشركاء ، ويتفق باقى الشركاء على إبقاء الشركة فيما بينهم . ولكن قد يتعذر على الشريك الذى يريد الخروج من الشركة أن يحصل على موافقة شركائه على ذلك ، فأضيف هذا النص فى لجنة المراجعة[1] حتى يستطيع الشريك أن يلجأ إلى القضاء فى هذه الحالة ويطلب الحكم بإخراجه .

ويلاحظ أنه يشترط لجواز استعمال الشريك هذا الحق فى إخراجه من الشركة أن تكون الشركة معينة المدة أو محددة العمل ، بحيث أنها لا تنقضى إلا بانتهاء المدة أو بانتهاء العمل ، فيجد الشريك نفسه مضطراً إلى أن يطلب من القضاء إخراجه قبل انقضاء الشركة . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشركة مندوحة من طلب ذلك إلى القضاء ، إذ يستطيع فى هذه الحالة أن ينسحب من الشركة بأن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء ، على ألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٢٩ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك[2] .

فإذا ما أقر القضاء الشريك على طلب إخراجه من الشركة ، صفى نصيب هذا الشريك على الوجه المقرر فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى التى تقدم ذكرها ، فيقدر النصيب بحسب قيمته يوم القضاء بالإخراج ويدفع له نقداً ، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على القضاء بالإخراج[3] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٣٩ فى الهامش — ومجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

ثم إن القضاء بإخراج الشريك من الشركة يترتب عليه حلها ، كما يترتب حل الشركة على خروج أحد الشركاء بأى سبب آخر ، كانسحابه أو موته أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه . ولكن يجوز مع ذلك لباقى الشركاء أن يتفادوا فى هذه الحالة ، وفى غيرها من الحالات الأخرى كما سبق القول ، حل الشركة ، وأن يتفقوا على استمرارها فيما بينهم وحدهم دون الشريك الذى خرج .

الفرع الثانى

تصفية الشركة

٢٤١ – كيف تتم تصفية الشركة — نص قانونى : تنص المادة ٥٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد . وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٠ – ص ٣٩٢) .

ويقابل فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٥/٤٤٨ : تقسم بين الشركاء أموال الشركة على حسب المبين فى عقدها . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥١ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٢ : تجرى القسمة بين الشركاء فى شركات العقد أو الملك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف فى حقوقهم ، وفاقاً للطريقة المعينة فى عقد =

وقد رأينا الشركة تنقضى بأسباب متعددة . فإذا تحقق سبب من أسباب انقضائها ، كأن انتهت مدتها أو انتهى العمل الذى قامت من أجله ، أو هلكت أموالها ، أو مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب ، أو حلت الشركة حلا قضائياً ، أو انحلت بسبب خروج أحد الشركاء منها ، فإن الشركة تنقضى على الوجه الذى تقدم بيانه . فإذا انقضت الشركة دخلت فى دور التصفية[1] .

ويتضمن عقد تأسيس الشركة عادة الطريقة التى تصفى بها أموالها ، وعند ذلك يجب اتباع هذه الطريقة[2] . على أنه إذا لم ينص عقد تأسيس الشركة على الطريقة التى تتم بها التصفية ، فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى تصفية الشركة على مقتضاها ، وهذه الأحكام هى التى سنتولى بيانها فيما يلى .

وقد كان التقنين المدنى السابق يجمع فى الباب المخصص للشركات الأحكام المتعلقة بتصفية الشركة والأحكام المتعلقة بقسمة الأموال الشائعة

= إنشاء الشركة أو الطريقة التى يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة . (ويبدو من هذا النص أن الشركاء يستطيعون أن يقرروا بالإجماع إجراء التصفية وطريقة هذه التصفية) .

(١) وإذا طلب أحد الشركاء فسخ الشركة وتصفيتها ، فان تقدير الرسوم على الدعوى يكون على مجموع أموال الشركة لا على حصة طالب التصفية فقط ، لأن التصفية ماهى إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هى التى تكون موضوع المنازعة بين الخصوم فى دعوى التصفية (نقض مدنى ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧١ ص ٦٣٤) .

(٢) ولا محل لتصفية الشركة إذا كان عقد تأسيسها ينص على انتقال أموالها إلى الشريك الذى يبقى حياً بين الشركاء ، ويصبح هذا الشريك هو الممثل لصالح الشركة فيما لها وما عليها ، أو إذا قدمت أموالها جملة واحدة حصة فى شركة أخرى جديدة أو موجودة من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٩ — أنسيكلوبيدى داللوز لفظ société civile فقرة ٢٣٠) .

بوجه عام سواء كان الشيوع سبقه عقد شركة أو كان له سبب آخر .
أما التقنين المدنى الجديد فقد اقتصر فى المكان الذى خصصه لعقد الشركة على بيان أحكام تصفيتها ، وأحال فى قسمة أموال الشركة بعد التصفية عندما تصبح أموالا شائعة بين الشركاء على أحكام قسمة المال الشائع بوجه عام (م ٥٣٧ مدنى) ، ووضع هذه الأحكام فى المكان الذى خصصه للملكية الشائعة(١) .

٢٤٢ — بقاء الشخصية المعنوية للشركة وقت تصفيتها — نص قانونى :
وتنص المادة ٥٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى : « تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية »(٢) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تعرض التقنين المصرى (السابق) فى الفصل الخاص بالقسمة لتصفية الشركات وقسمتها ، فذكر كيفية تعيين المصفى وسلطاته (م ٤٤٩ — ٤٥٠ / ٥٤٦ — ٥٤٧) . ولكن نصوصه جاءت عامة تنطبق على كل أنواع القسمة ، سواء كانت خاصة بشركات أو بغيرها . أما المشروع فقد تكلم على قواعد القسمة على العموم فى باب الملكية الشائعة . . ولذلك رأى من المناسب أن يتبع الطريق الذى سلكه المشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين البولونى ، فينظم تصفية الشركة وقسمتها تنظيماً موجزاً عاما ، ثم يحيل فى قسمتها على قواعد القسمة فى الملكية الشائعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .
ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ٥٠١ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٥٣١ : عندما تحل الشركة يحتفظ الشركاء المديرون بمناصبهم فى الإدارة فى حدود العمليات المستعجلة إلى أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتصفية . (ولم يصرح —

فإذا حلت الشركة بانقضائها ودخلت فى دور التصفية ، انتهت سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة ، وتولى المصفى أعمال التصفية[1] . ولما كانت هذه الأعمال تقتضى أن تبقى للشركة شخصيتها المعنوية حتى يمكن للمصفى القيام بهذه الأعمال ، فإنه كما سنرى يستوفى حقوق الشركة من الغير ديوفى ما عليها من الديون وقد يبيع مالها كله أو بعضه وكل هذا يعمله باسم الشركة كشخص معنوى قائم ، فقد صرح القانون ببقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها ، وذلك طول الوقت الذى تجرى فيه أعمال التصفية وإلى أن تنتهى هذه الأعمال[2] . ولولا ذلك لما استطاع دائنو الشركة عند التصفية أن يستخلصوا حقوقهم من مال الشركة دون

= التقنين الليبى بالشخصية المعنوية للشركة انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش ، ولم يتكلم هنا عن بقاء هذه الشخصية بالقدر اللازم للتصفية — وقرر بقاء المديرين فى حدود الأعمال المستعجلة إلى أن يتولى المصفى أعمال التصفية ، وهذا الحكم الأخير لا يخالف القواعد العامة) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥٢ (مطابق — وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢١ : لا يجوز للمديرين بعد إنحلال الشركة أن يشرعوا فى عمل جديد غير الأعمال اللازمة لإتمام الأشغال التى بدئ بها . وإذا فعلوا كانوا مسئولين شخصياً بوجه التضامن عن الأعمال التى شرعوا فيها . ويجرى حكم هذا المنع من تاريخ انقضاء مدة الشركة أو من تاريخ إتمام الغرض الذى من أجله عقدت أو تاريخ وقوع الحادث الذى أدى إلى انحلال الشركة بمقتضى القانون . (ولما كان التقنين اللبنانى لا يقر للشركة المدنية بالشخصية المعنوية — انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش — فإنه لم يتكلم عن بقاء هذه الشخصية بالقدر اللازم للتصفية . أما انتهاء سلطة المديرين بانقضاء الشركة فتتفق مع الحكم الوارد فى التقنين المصرى) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣ — وذلك فى حدود سلطته المدة المحددة للتصفية ، فإذا اتفق الشركاء على تعيين مصف لشركتهم التجارية وكان تعيينه لمدة معينة ، فليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصفته نائباً عن الشركة بعد انقضاء هذه المدة (استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٩ ص ٢٣١) . والمصفى هو الذى يتولى طلب تسلم أعيان الشركة ، دون الشخص الذى طلب الحكم بتعيين مصف (محكمة مصر الوطنية ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١٢) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٣٤٠ .

مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ، إذ لو انعدمت الشخصية المعنوية للشركة بمجرد حلها وقبل إجراء التصفية لأصبح مال الشركة مالا شائعاً بين الشركاء لا مالا مملوكاً للشركة بعد انعدام شخصيتها ، ولكان للدائنين الشخصيين للشركاء حق التنفيذ عليه فزاحموا دائنى الشركة[1] .

على أن بقاء الشخصية المعنوية للشركة التى دخلت دور التصفية مقصور على أعمال التصفية ، وبالقدر اللازم لهذه الأعمال . فلا يجوز للمصفى ، بدعوى أن الشخصية المعنوية للشركة لا تزال باقية ، أن يقوم لحساب الشركة بأعمال أخرى غير أعمال التصفية ، فيبدأ مثلا أعمالا جديدة ليست لازمة للتصفية[2] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٥ ص ٧٠ – ص ٧١ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٩ – فورنييه فقرة ١٣٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٢ – ص ٣٩٣ – وقد قضت محكمة النقض بأن الشركة متى انتهت وفاة أحد الشريكين زال شخصها المعنوى ، ووجب الامتناع عن إجراء أى عمل جديد من أعمالها ، ولا يبقى بين الشركاء من علاقة إلا كونهم ملاكاً على الشيوع لموجوداتها ، ولا يبقى للشركة مال منفصل عن الأموال الشخصية للشركاء . على أنه لما كان الأخذ بهذا القول على إطلاقه يضر به الشركاء ودائنو الشركة على السواء ، إذ يضطر كل شريك إلى مطالبة كل مدين للشركة بنصيبه فى الدين ، ويضطر كل دائن إلى مطالبة كل شريك بنصيبه فى الدين إلى غير ذلك ، لهذا وجب بطبيعة الحال ، لتجنب هذه المضار ، اعتبار الشركة قائمة محتفظة بشخصيتها حكماً لا حقيقة ، لكى تمكن تصفيتها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ٤ ١٢٥ ص ٣٣٨) . وقضت أيضاً بأن من المقرر مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائنى الشركة ومدينيها أن انتهاء الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنتهى التصفية ، وإذن فإن كل موجودات الشركة بما فيها الدفاتر تعتبر أثناء التصفية مملوكة لها لا ملكاً شائعاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يوقع الحجز الاستحقاق على شىء من ذلك (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٩ ص ١٥) – وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ١٢٦) . وقضت محكمة النقض الجنائية بأن تعتبر الشركة مالكة للحصص والأموال والمنقولات، وليس لأى من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق فى الاستيلاء على الربح . ومن المقرر=

ونتناول الآن الأحكام التى قررها القانون لتصفية الشركة إذا لم ينص عقد تأسيسها على أحكام أخرى ، فنتكلم : (أولا) فى تعيين المصفى ، و (ثانياً) فى أعمال التصفية .

المبحث الأول

تعيين المصفى

٢٤٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، إما جميع الشركاء وإما مصف واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء » .

« ٢ — وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفى ، تولى القاضى تعيينه بناء على طلب أحدهم » .

= مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائنى الشركة ومدينيها أن انتهاء عقد الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنقضى التصفية ، وبذا تكون كل موجوداتها فى غضون هذه الفترة مملوكة للشركة لا ملكاً شائعاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف فى شيء منها ، مما لا سبيل معه إلى القول بوجود نوع من القسمة يجعل تصرف شريك فى المال مرتبطاً بنتائجها (نقض جنائى ٤ يونيه سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٥٠٤ ص ١٢٥٠) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨٢ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٤ ص ٥٠٤ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣ — استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٥ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩١ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٧٩ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١١ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٠ — أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ — استئناف وطنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤ ص ٥ .

« ٣ - وفى الحالات التى تكون فيها الشركة باطلة ، تعين المحكمة المصفى ، وتحدد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذى شأن » .

« ٤ - وحتى يتم تعيين المصفى يعتبرون المديرون بالنسبة إلى الغير فى حكم المصفين »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٤٩/٥٤٦(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٠٢ - وفى التقنين المدنى الليبي م ٥٣٢ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٥٣ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٢٣ - ٦٢٤(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٤٩/٥٤٦ : إذا لم يصرح فى العقد عن كيفية القسمة ، يكون إجراؤها فى الشركات المدنية بمعرفة جميع الشركاء ، وفى الشركات التجارية بمعرفة من يعين لتصفية الشركة بأغلب آراء الشركاء سواء كان واحداً أو أكثر أو بمعرفة من تعينه المحكمة عند عدم اتفاق أغلبية الشركاء على التعيين . (والتقنين المدنى السابق يجعل تصفية الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء . والعبرة بتاريخ انقضاء الشركة ، فالشركات التى انقضت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تسرى عليها أحكام التقنين المدنى السابق ، أما التى انقضت بعد ذلك فتسرى عليها أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ٥٣٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥٣ (مطابق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٣ : يحق لجميع الشركاء ، حتى الذين ليس لهم يد فى الإدارة ، أن يشتركوا فى التصفية . وتجرى التصفية بواسطة جميع الشركاء أو بواسطة مصف يعينونه بالإجماع إذا لم يكن قد سبق تعيينه بمقتضى عقد الشركة . إذا لم يتفق ذوو الشأن على اختيار =

٢٤٤ – تعيين المصفى بواسطة الشركاء : وقد يكون المصفى معيناً فى عقد تأسيس الشركة أو فى نظمها المقررة ، أو تكون طريقة تعيينه أو الجهة التى تعينه منصوصاً عليها فى العقد أو النظام المقرر ، فعند ذلك يتبع حكم النص[١] .

أما إذا لم ينص على شىء فى هذا الشأن ، فإن الفقرة الأولى من النص سالف الذكر تكل أمر تعيين المصفى إلى الشركاء أنفسهم ، ويكون ذلك بالأغلبية العددية .

فقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية الشركاء جميعاً ، ويقع ذلك عادة إذا كان عدد الشركاء قليلا ، لا سيما إذا كان الجميع يتولون إدارة الشركة وفقاً لأحكام المادة ٥٢٠ مدنى[٢] . وقد كان التقنين المدنى السابق

= المصفى ، أو إذا كان ثمة أسباب مشروعة تحول دون تسليم التصفية للأشخاص المعينين فى عقد الشركة ، تجرى التصفية بواسطة القضاء بناء على أول طلب يقدمه أحد الشركاء .

م ٩٢٤ : يعد المديرون – ريثما يتم تعيين المصفى – أمناء على أموال الشركة ، ويجب عليهم إجراء المسائل المستعجلة .

م ٩٢٦ : إذا وجد عدة مصفين ، فلا يحق لهم العمل منفردين إلا إذا أجيز لهم ذلك بوجه صريح .

م ٩٤٠ : إذا خلا مركز أحد المصفين أو مراكز عدة منهم بسبب الوفاة أو الإفلاس أو الحجر أو العدول أو العزل ، عين الخلف على الطريقة الموضوعة لتعيينهم .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يجعل التصفية ، إذا لم يجمع الشركاء على المصفى أو حال سبب مشروع دون اعتماد المصفى المعين فى عقد الشركة ، فى يد القضاء . ويوجب فى حالة تعدد المصفى أن يعمل الكل ، فلا يجوز لأحد الانفراد إلا إذا أجيز ذلك صراحة) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٥ – ص ٣٩٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها .

(م ٤٤٩/٥٤٦) يجعل إجراء التصفية فى الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء ، ما لم ينص فى عقد تأسيس الشركة على غير ذلك[1] .

وقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية واحد أو أكثر يعينونهم بالذات . وتكفى الأغلبية العددية العادية ، فلا يشترط الإجماع ولا أغلبية خاصة . ولا يشترط فيمن تعينه الأغلبية مصفياً أن يكون شريكاً ، بل يصح أن يكون أجنبياً عن الشركة . وإذا عينت الأغلبية أكثر من مصف واحد ، فقد تشترط أن تكون القرارات التى يتخذها المصفون المتعددون بالإجماع أو بالأغلبية فيجب التزام هذا الشرط ، وقد تعين اختصاص كل مصف فينفرد كل بما اختص به . فإذا لم تشترط الأغلبية شيئاً ولم تعين اختصاص كل مصف ، جاز لكل من المصفين أن ينفرد بأى عمل من أعمال التصفية ، على أن يكون لكل من المصفين الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه ، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفين رفض الاعتراض ، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً . وهذه هى أحكام تعدد المديرين[2] ، قيست عليها أحكام تعدد المصفين[3] .

٢٤٥ — **تعيين المصفى بواسطة القضاء** : فإذا امتنع الشركاء عن تعيين مصف على الوجه المتقدم الذكر ، أو حاولوا تعيين مصف ولكن لم يحصل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٣ فى الهامش .

(٢) انظر م ٥١٧ مدنى آنفاً فقرة ٢٠٧ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تقول : « وفى حالة تعيين أكثر من مصف واحد ، يكون تحديد سلطاتهم ، فى حالة عدم النص ، بالقياس على ما ذكرناه فى تحديد سلطة المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦) .

(٣) ولكن إذا نص عقد تأسيس الشركة على أن يكون المصفى أحد الشركاء ، وكانت الخلاف مستحكما بين الشركاء بحيث يتعذر التعاون بينهم ، جاز للقضاء تعيين مصف أجنبى (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣) .

أحد من المرشحين على الأغلبية المطلقة ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين وصف للشركة .

والقضاء يعين المصفى من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، ويعين مصفياً أو أكثر بحسب ما يرى . وعند تعدد المصفين تكون سلطتهم فى التصفية على النحو الذى قدمناه فى تعـدد المصفين المعينين من أغلبية الشركاء[1] .

والذى يطلب من القضاء تعيين المصفى يجب أن يكون أحد الشركاء ، فلا يجوز لغير شريك أن يتقدم بهذا الطلب . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يتقدم بهذا الطلب أحد دائنى الشركة ، لأن المصفى وكيل عن الشركة والشركاء لا عن دائنيها[2] . ولكن يجوز لدائن شخصى لأحد الشركاء أن يستعمل حق مدينه الشريك ويطلب إلى القضاء تعيين مصف للشركة باسم هذا الشريك[3] .

---

(١) واشتراط قانون البورصة أن يكون السمسار رجلا لا يسرى على المصفى الذى لايمنع القانون من أن يكون امرأة (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٢ ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ – استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٣ – بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٧٠ . وينبنى على أن المصفى وكيل الشركاء أن يده كيد الشريك هى يد أمين لا تجيز له التملك بمضى المدة ، ولا يجوز له أن يتمسك بتغيير صفة يده إلا إذا جابه الشركاء مجابهة جلية تدل دلالة حازمة على أنه مزمع إنكار حق الشركاء (استئناف مصر ١٢ نوفبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤) . وتقول محكمة مصر الكلية إن حكم المصفى فى مباشرة عمله كحكم الشريك وإن اختلف عنه فى بعض النواحى القانونية ، منها أن الشريك يمثل الدائن والمدين ويعتبر وكيلا عنهما ، بخلاف المصفى فإنه يعتبر وكيلا عن الشركة دون الشركاء ودون دائنى الشركة (١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٢٠ ص ١١١) .

(٣) ويبدو أن هذا الحق يكون أيضاً لدائن الشركة باعتباره دائناً شخصياً للشريك فى الحدود التى يجوز فيها لدائن الشركة أن يرجع على الشريك فى ماله الخاص .

٢٤٦ - تعيين المصفى بواسطة القضاء للشركة الباطلة : وإذا كانت الشركة باطلة ، ولكنها قامت فعلا بأعمالها ، فهى شركة واقعية (société de fait) ، وتجب تصفيتها . وفى هذه الحالة لا يعتد بما ورد فى عقد تأسيس الشركة فى هذا الخصوص إذا كان هذا العقد قد نص على تعيين مصف أو على طريقة تعيين المصفى ، فإن العقد باطل ولا يعمل بما جاء فيه . والقضاء هو الذى يقوم بتعيين المصفى للشركة الباطلة ، بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء أو أى شخص آخر له مصلحة فى ذلك كدائن للشركة . والقضاء أيضاً هو الذى يتولى تعيين الطريقة التى تتم بها التصفية ، ولا يعتد بما عسى أن يكون قد ورد فى العقد الباطل فى هذا الخصوص(١) .

٢٤٧ - كيف يعزل المصفى : وإذا عين مصف للشركة بواسطة أغلبية الشركاء أو بواسطة القضاء على الوجه المتقدم الذكر ، وأتى المصفى بما يسوغ عزله ، كأن ارتكب غشاً أو خطأ أو ظهر عجزه أو حجر عليه أو أفلس ، فإن الجهة التى عينته هى التى تملك عزله . فإذا كانت أغلبية الشركاء هى التى عينته ، فإن هذه الأغلبية نفسها تملك عزله . وإذا كان القضاء هو الذى عينه ، فإن القضاء أيضاً يملك عزله بناء على طلب أحد الشركاء . ولكن يجوز دائماً لأى من الشركاء أن يطلب إلى القضاء عزل المصفى لأسباب تسوغ ذلك ، حتى لو كان الذى عين المصفى هو أغلبية الشركاء(٢) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولم ير المشروع حاجة للنص على كيفية عزل المصفى كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٥٦٣/٢) ، لأنه يكفى -

٢٤٨ — سلطة مديرى الشركة قبل تعيين المصفى : وتعيين المصفى قد يستغرق وقتاً ، والشركة تكون قد انحلت سلطة مديريها كما سبق القول[١] . فتبقى الشركة ، وقد دخلت دور التصفية ، دون مصفيه ودون مدير . فاحتاط المشرع وواجه هذه الحالة بنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ حيث تقول كما رأينا : « وحتى يتم تعيين المصفى يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير فى حكم المصفين » .

فيجوز إذن لمديرى الشركة ، فى الفترة ما بين حل الشركة وتعيين المصفى ، أن يقوموا بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال . ومن ثم يصح للغير ممن تعامل مع الشركة أن يرفع دعوى على الشركة بعد حلها فى مواجهة هؤلاء المديرين ، ويعتبر المديرون ممثلين للشركة تمثيلا صحيحاً فى الدعوى المرفوعة .

بل يجب على مديرى الشركة ، فى هذه الفترة ، أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها ، وأن يباشروا الأعمال المستعجلة التى لا تحتمل تأخيراً . فإذا كانوا مثلا قبل حل الشركة قد بدأوا عملا من أعمال الإدارة ولم يتم هذا العمل ، فعليهم أن يتموه أو أن يصلوا به إلى الحد الذى يؤمنون فيه مصالح الشركة[٢] .

= فى ذلك تطبيق القواعد العامة، ومؤداها أن الحق فى عزل المصفى يرجع إلى السلطة التى تملك تعيينه ، مع جواز الالتجاء دائماً إلى القضاء لطلب عزله بناء على وجود مبرر شرعى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٧) .

(١) م ٥٣٣ مدنى وانظر آنفاً فقره ٢٤٤ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧ .

المبحث الثانى

أعمال التصفية

٢٤٩ – تصفية مال الشركة وتوزيع الصافى على الشركاء : فإذا عين المصفى ، قام بالأعمال الواجبة لتصفية الشركة . فيستوفى ما للشركة من حقوق ، ويوفى ما عليها من الديون ، ويقوم بالأعمال الضرورية التى تستلزمها هذه التصفية . ثم يوزع الصـــافى من أموال الشركة على الشركاء[1] .

فنبحث إذن مسألتين : (١) تصفية مال الشركة (٢) توزيع الصافى من مال الشركة على الشركاء .

المطلب الأول

تصفية مال الشركة

٢٥٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – ليس للمصفى أن يبدأ أعمالا جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة » .

---

(١) وبدخول الشركة فى دور التصفية تنتهى سلطة المديرين وتزول عنهم صفتهم فى تمثيل الشركة ، ويصبح المصفى هو صاحب الصفة فى تمثيل الشركة فى جميع الأعمال التى تستلزمها التصفية . وقد قضت محكمة النقض بأنه يترتب على حل الشركة ودخولها فى دور التصفية إنهاء سلطة المديرين ، وذلك كنص المادة ٥٣٣ من القانون المدنى ، فتزول عنهم صفتهم فى تمثيل الشركة ، ويصبح المصفى الذى يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة فى جميع الأعمال التى تستلزمها هذه التصفية وكذلك فى جميع الدعاوى التى ترفع من الشركة أو عليها ، فإذا كان الطعن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلا للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصفى ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . ولا يغير من ذلك أن يكون الطعن قد رفع بإذن المصفى طالما أنه لم يرفع باسمه بصفته ممثلا للشركة (نقض مدنى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٩٣ ص ٥٩١) .

« ٢ – ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولا أو عقاراً ، إما بالمزاد وإما بالممارسة ، ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة » .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ على ما يأتى :

« تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة[1] » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٤٧/٤٥٠[2] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٠٣ و م ١/٥٠٤ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٣٣ و م ١/٥٣٤ –

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٣٥ : ورد هذا النص فى المادة ٧١٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، إلا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل فى آخر الفقرة الثانية على العبارة الآتية : « ولكن البيع لا يجوز له إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولكن البيع لا يجوز الخ » الوارده فى آخر الفقرة الثانية « لأن الشركة فى هذه الحالة تكون فى حالة تصفية ، فمن الطبيعى أن يبيع المصفى كل موجودات الشركة عقاراً أومنقولا لتحديد الصافى الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٨ – ص ٤٠١) .

م ٥٣٦ : ورد هذا النص فى المادة ١/٧٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤ – ص ٤٠٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٤٧/٤٥٠ : وللمأمور بالتصفية الحق فى أن يبيع مال الشركة ، سواء كان بالمزاد العام أو بالتراضى إذا كانت مأموريته ليست مقيدة فى سند تعيينه . (وأحكام التقنين السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٥٤ و م ٦٥٥/١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٧ – ٩٣٩[1] .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٥٠٣ و م ٥٠٤/١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٣ و م ٥٣٤/١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥٤ (موافق – فيما عدا أن بيع مال الشركة مقيد بوفاء الديون فى التقنين العراقى) .

م ٦٥٥/١ (موافق) . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٧ وما بعدها .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٧ : على المصفى القضائى وغير القضائى عند مباشرة العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديرى الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات مالها وما عليها . وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التى يسلمها إليه المديرون ، وأن يأخذ علما بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومى وبحسب ترتيب تواريخها وفقاً لقواعد المحاسبة المستعملة فى التجارة ، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية .

م ٩٢٨ : إن المصفى يمثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ويدير شؤونها . وتشمل وكالته جميع الأعمال الضرورية لتصفية مالها وإيفاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً صلاحية استيفاء الديون وإتمام القضايا التى لا تزال معلقة ، واتخاذ جميع الوسائل الاحتياطية التى تقتضيها المصلحة المشتركة ، ونشر الإعلانات اللازمة لدعوة الدائنين إلى إبراز أسنادهم ، وإيفاء الديون المحررة والمستحقة على الشركة ، والبيع القضائى لأموال الشركة غير المنقولة التى لا تتسنى قسمتها بسهولة ، وبيع البضائع الموجودة فى المستودع وبيع الأدوات – كل ذلك مع مراعاة القيود الموضحة فى الصك الذى أقامه مصفياً ومراعاة القرارات التى يتخذها الشركاء بالإجماع فى أثناء التصفية .

م ٩٢٩ : إذا لم يحضر أحد الدائنين المعروفين ، حق للمصفى إيداع المبلغ المستحق له إذا كان الإيداع متحتما . أما الديون المستحقة أو المتنازع عليها فيجب عليه أن يحتفظ لها بمبلغ من النقود كاف لإيفائها وأن يضعه فى محل أمين .

م ٩٣٠ : إذا لم تكن أموال الشركة كافية لإيفاء الديون المستحقة ، وجب على المصفى أن يطلب من الشركاء المبالغ اللازمة إذا كان هؤلاء ملزمين بتقديمها بمقتضى نوع الشركة أو إذا كانوا لا يزالون مديونين بجميع حصتهم فى رأس المال أو بقسم منها . وتوزع حصص الشركاء المعسرين على سائر الشركاء بنسبة ما يجب عليهم التزامه من الخسائر .

م ٩٣١ : للمصفى أن يقترض ويرتبط بموجبات أخرى حتى عن طريق التحويل التجارى ، وأن يظهر الأسناد التجارية ويمنح المهل ويفوض ويقبل التفويض ويرهن أموال الشركة ، كل ذلك على قدر ما تقتضيه مصلحة التصفية ، ما لم يصرح بالعكس فى صك توكيله . –

٢٥١ — أعمال إدارة الشركة : فإذا تولى المصفى تصفية الشركة ، فإن مهمته الأساسية هى تصفية أموال الشركة لا إدارتها . وإنما يملك من الإدارة أعمالا محدودة هى الأعمال الضرورية أو المستعجلة .

= م ٩٣٢ : لا يجوز للمصفى عقد الصلح ولا التحكيم ولا التخلى عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى معادله لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزافاً المحل التجارى الذى فوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجرى تفرغاً بلا عوض ، ولا أن يشرع فى أعمال جديدة ما لم يرخص له فى ذلك صراحة . وإنما يحق له أن يقوم بأعمال جديدة على قدر ما تقتضيه الضرورة لتصفية الأشغال المعلقة . فإن خالف هذه الأحكام ، كان مسئولا شخصياً عن الأعمال التى شرع فيها . وإذا كان هناك عدة مصفين ، كانوا متضامنين فى التبعة .

م ٩٣٣ : يجوز للمصفى أن يستنيب غيره فى إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولا عن الأشخاص الذين يستنيبهم وفاقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

م ٩٣٤ : لا يجوز للمصفى ، وإن كان قضائياً ، أن يخالف القرارات التى اتخذها ذوو الشأن بالإجماع فيما يختص بإدارة شؤون المال المشترك .

م ٩٣٥ : يجب على المصفى ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية عن حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية .

م ٩٣٦ : إن المصفى ملزم بالواجبات التى تترتب على الوكيل المأجور فيما يختص بتقديم حساباته وإعادة المال الذى قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون ، ويلخص فيها جميع الأعمال التى أجراها والحالة النهائية التى نتجت عنها .

م ٩٣٧ : لا تعد وكالة المصفى دون مقابل ، وإذا لم تعين أجرته ، فللقاضى أن يحدد مقدارها ، ويبقى لأصحاب الشأن حق الاعتراض على القيمة المقررة .

م ٩٣٨ : ليس للمصفى الذى دفع من ماله ديوناً مشتركة إلا حق إقامة الدعاوى المختصة بالدائنين الذين أوفى دينهم . وليس له حق الرجوع على الشركاء أو على أصحاب الحقوق الشائعة إلا بنسبة حصصهم .

م ٩٣٩ : بعد نهاية التصفية وتسلم الحسابات يوزع المصفى دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكمة أو محلا آخر أميناً تعينه المحكمة ، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصاً لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة فى المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوى الشأن ولورثتهم أو خلفائهم فى الحقوق أو للمصفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها .

(وهذه الأحكام التفصيلية تتفق فى مجموعها مع المبادئ العامة للتقنين المصرى) .

فإذا كان هناك عمل من أعمال الإدارة قد بدأ قبل حل الشركة ولم يتم ، فعلى المصنى أن يتم هذا العمل حتى يكفل أن يعود على الشركة بالنفع . فإذا كانت الشركة شركة نشر مثلا قد تعاقدت على نشر كتاب وحلت قبل طبع الكتاب ، فإن المصنى يملك التعاقد على طبع الكتاب حتى يتم العمل الذى بدأ قبل حل الشركة .

ولكن ليس للمصنى أن يبدأ عملا جديداً من أعمال الإدارة ، إلا أن يكون هذا العمل لازماً لإتمام عمل سابق . فإذا كانت شركة أراض مثلا باعت أرضاً قبل حلها ، وبعد الحل طلب جار أخذ هذه الأرض بالشفعة ، فإن المصنى باعتباره ممثلا للشركة البائعة يشترك فى إجراءات الشفعة(1) .

٢٥٢ — الأعمال اللازمة لتصفية الشركة : وقد قدمنا أن مهمة المصنى الأساسية هى إجراء الأعمال اللازمة لتصفية أموال الشركة . ويمكن القول بوجه عام إن المصنى يبدأ بأعمال تمهيدية للتصفية ، ويستوفى ما للشركة من حقوق عند الغير ، ويفى ما على الشركة من ديون للغير ، وقد يبيع أموال الشركة بالقدر الضرورى للتصفية(2) . فنستعرض كلا من هذه الأعمال المتنوعة(3) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٩ — وبديهى أنه إذا تضمن عقد تأسيس الشركة أو القرار الصادر بتعيين المصنى من أغلبية الشركاء أو من القضاء بياناً لسلطة المصنى فى إجراء هذه الأعمال، لم يجز للمصنى أن يخرج عن الحدود المرسومة له . فإذا لم يكن هناك نص على تحديد سلطته ، اتبعت القواعد التى سنتولى بسطها .

(٣) وقد ينص عقد تأسيس الشركة ، وبخاصة إذا لم يكن فى الشركة غير شريكين اثنين ، أنه إذا انحلت الشركة كان لأحدهما الحق أن يوفى الشريك الآخر مبلغاً معيناً أو قيمة حصته مقدرة حسب دفاتر الشركة ، ويستأثر هو بمال الشريك (انظر م ٩١٩ لبنانى آنفاً فقرة ٧١١ فى الهامش — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٢ — بلانيول وريبير وليبارنيير

٢٥٣ — الأعمال التمهيدية للتصفية : يبدأ المصفى باتخاذ الإجراءات اللازمة للتمهيد لأعمال التصفية ، فيجرد أموال الشركة ويحرر قائمة بالجرد ، ويضع كشفاً تفصيلياً يبين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون ، وذلك بعد أن يتسلم دفاتر الشركة وأوراقها ومستنداتها . ويعاونه فى كل ذلك الذين كانوا يقومون بإدارة الشركة قبل حلها .

وتقول المادة ٩٢٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « على المصفى القضائى وغير القضائى عند مباشرته العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديرى الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات بما لها وما عليها . وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التى يسلمها إليه المديرون ، وأن يأخذ علماً بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومى وبحسب ترتيب تواريخها وفاقاً لقواعد المحاسبة المستعملة فى التجارة ، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية[١] » .

= ١١ فقرة ١٠٧١ مكررة) . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى تصفية الشركات عند انقضائها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عيناً على الشركاء كل بنسبة حصته فى صافى أموالها إن أمكن ، إلا أنه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدماً فيما بينهم على أنه عند انقضاء مدة الشركة تنحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطى الشريك الآخر ما يخصه فى موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التى تعمل بمعرفة الطرفين . ولفظ الميزانية إذا ذكر مطلقاً من كل قيد ينصرف بداهة إلى ميزانية الأصول والخصوم الجارى العمل بها فى الشركات أثناء قيامها والتى تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية ، لا بحسب سعرها المتداول فى السوق (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥٤ ص ٩٩١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش — ولا توضع الأختام على أموال الشركة ، إذ أن ذلك يعطل أعمال التصفية . ولكن يجوز لدائنى الشركة أن يحصلوا على أمر من القضاء بوضع الأختام كإجراء تحفظى محافظة على حقوقهم (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٤٥) . كذلك يجوز وضع الشركة وهى فى حالة التصفية تحت الحراسة كإجراء تحفظى مؤقت . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين مما جاء فى الحكم أن المحكمة قد أقامت قضاءها بالحراسة =

٢٥٤ — استيفاء حقوق الشركة : ويعمد المصفى إلى استيفاء حقوق الشركة من الغير ، فيتخذ جميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء هذه الحقوق . ويدخل فى ذلك مقاضاة المدنيين للشركة ، واتخاذ الوسائل التحفظية بالنسبة إلى هذه الحقوق ، والتنفيذ على المدينين .

وليس له أن يعقد صلحاً أو تحكيما إلا باتفاق جميع الشركاء[1] ، ولا أن يتخلى عن تأمينات إلا مقابل تأمينات أخرى معادلة ، ولا أن يبرئ ذمة المدينين[2] .

٢٥٥ — وفاء ديون الشركة : ويقوم المصفى فى الوقت ذاته بوفاء ما على الشركة من ديون ، فيحصر دائنى الشركة وما لهم من حقوق فى ذمتها ، وينشر الإعلانات اللازمة لدعوة جميع دائنى الشركة إلى التقدم بمستنداتهم .

= على أموال الشركة استناداً إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها مردوداً بأن شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية ، ولما كانت مأمورية الحارس هى تسلم وجرد أموال الشركة بحضور طرفى الخصوم للمحافظة على حقوق الطرفين المتنازعين بإثبات ما تكشفت عنه أوراق الشركة وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق أو ديون أو ما يصل إلى علم الحارس من أى طريق كان لمعرفة الحقوق المالية التى تصلح عنصراً للتصفية وليس من شأنه الإضرار بأى من الطرفين إذ أنه لا يقتضى البحث فى سند حق كل منهما ، فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) .

(١) انظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٣٣ ص ١٥٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ société civile فقرة ٢٤٦ .

(٢) وتقول المادة ٩٣٢ من التقنين اللبنانى فى هذا الصدد : « لا يجوز للمصفى عقد الصلح ولا التحكيم ولا التخلى عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى معادلة لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزافاً المحل التجارى الذى نوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجرى تفرغاً بلا عوض .. » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش).

فمن كان دينه من هؤلاء المدينين قد حل قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية ، وفاه حقه فوراً ، وإذا لم يحضر لاستيفاء حقه جاز للمصفى إيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن . أما الديون المؤجلة فلا تحل بالتصفية كما تحل بالإفلاس ، بل تبقى على آجالها ، فإذا استطاع المصفى أن يوفيها أصحابها بعد اقتطاع ما يقابل الأجل وكان فى ذلك مصلحة للشركة فعل ، وإلا اقتطع من أموال الشركة ما يفى بهذه الديون ووضعه فى محل أمين حتى يحل الدين فيوفيه[١] . كذلك الديون المتنازع فيها ، يقتطع لها المصفى ما يفى بها ويضعه فى محل أمين حتى ينحسم النزاع . وقد يكون أحد الشركاء دائناً للشركة ، بأن يكون مثلا قد أنفق مصروفات لمصلحة الشركة من حقه أن يستردها منها أو أن يكون قد أقرضها مبلغاً من المال ، فيفى المصفى الشريك الدائن هذه الحقوق ، شأن الشريك فى ذلك شأن سائر دائنى الشركة[٢] .

وإذا لم تكن أموال الشركة كافية لوفاء الديون المستحقة عليها ، وكان لدائنى الشركة أن يرجعوا فيما بقى لهم من حقوق على أموال الشركاء الخاصة على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، وجب على المصفى أن يطلب من كل شريك أن يقدم من ماله الخاص ما هو ملتزم به لوفاء ديون الشركة[٣] .

---

(١) وهذا ما لم ير من المصلحة أن يوفى الديون المؤجلة فوراً إذا كان الأجل لمصلحة الشركة فينزل عن الأجل . وإذا تخلف بعض دائنى الشركة عن التقدم لاستيفاء حقوقهم ، وقسمت أموال الشركة بعد التصفية على الشركاء كان لدائنى الشركة حق تتبع أعيان الشركة بيد الشركاء ، فيتقدمون فيها على الدائنين الشخصيين للشركاء ، وإلا فإن دائنى الشركة يرجعون على الشركاء فى أموالهم الخاصة ويزاحمهم فيها دائنو الشركاء الشخصيون (فورنييه فقرة ١٣٧) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٣ – وانظر المادة ٩٢٩ من التقنين اللبنانى آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٣ – وانظر م ٩٣٠ من التقنين اللبنانى آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش . وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٤٩ .

٢٥٦ — بيع أموال الشركة بالقدر الضرورى للتصفية : وللمصفى أن يبيع أموال الشركة ، منقولا كانت أو عقاراً ، بالمزاد أو بالممارسة ، إذا كان هذا البيع ضرورياً لأعمال التصفية[١] . فيبيع منقولات الشركة وعقاراتها للوفاء بديونها إذا لم يكن فى مال الشركة نقود كافية للوفاء بهذه الديون . وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى ينص على أن البيع لا يجوز « إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة » ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد اهتم المشروع أيضاً بأن يذكر صراحة أن سلطة المصفى فى بيع أموال الشركة تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها ، لأنه إذا تم وفاء تلك الديون ، وأمكن بذلك تحديد الصافى من أموال الشركة ، فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقق ، وتزول الشخصية المعنوية للشركة ، ويصبح الشركاء ملاكاً على الشيوع للأموال الباقية التى تجب قسمتها بينهم »[٢] . ولكن حذف هذا القيد فى لجنة مجلس الشيوخ[٣] . فأصبح من الجائز للمصفى أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها لغير وفاء الديون . ويتحقق ذلك إذا كانت عين من أعيان الشركة غير قابلة للقسمة عيناً ، فيبيعها المصفى حتى يوزع ثمنها بين الشركاء[٤] . كذلك يبيع المصفى البضائع التى لا تزال مملوكة

---

(١) وقد تقتصر تصفية الشركة على المنقول وترجأ تصفية العقار المتنازع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائياً فى النزاع الجدى الذى قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء الموصين ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٩ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٠ — ص ٤٠١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٢٣ فى الهامش .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن لكل مصف الحق فى بيع أعيان الشركة ، =

للشركة والأدوات . وقد تكون سلطة المصفى المنصوص عليها فى قرار تعيينه تمكنه من بيع جميع منقولات الشركة وعقاراتها ، حتى يتيسر له توزيع هذه الأموال نقداً على الشركاء ، ففى هذه الحالة يجوز له أن يبيع كل أموال الشركة لهذا الغرض(١) .

ويبدو ، بعد أن حذف من الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى القيد الذى كان يقضى بأن تكون سلطة المصفى فى بيع أموال الشركة مقصورة على القدر الضرورى لوفاء ديون الشركة ، أنه يجوز للمصفى أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها ، بالمزاد أو بالممارسة ، دون قيد . فإذا رأى أن يحول أموال الشركة نقوداً حتى تتيسر له قسمتها على الشركاء فعل ، وذلك ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة . ويؤيد ذلك ما ورد فى مناقشات لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد : « رؤى حذف عبارة : ولكن لا يجوز له أن يبيع إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة ، الواردة فى آخر الفقرة الثانية ، لأن الشركة فى هذه الحالة تكون فى حالة تصفية ، فمن الطبيعى أن يبيع المصفى كل موجودات الشركة ، عقاراً أو منقولا ، لتحديد الصافى الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم »(٢) .

= سواء كان بالمزاد العمومى أو بالممارسة متى كانت ورقة التعيين لا تمنع ذلك ، ومادام حصول القسمة المادية غير ممكن ، فالبيع لازم لأجل إتمام التصفية (استئناف وطنى ٣ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٥) .

(١) وتقول المادة ٩٢٨ من التقنين اللبنانى فى هذا الصدد : « إن المصفى يمثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ، ويدير شؤونها . وتشمل وكالته جميع الأعمال الضرورية لتصفية مالها وإيفاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً . . البيع القضائى لأموال الشركة غير المنقولة التى لا تتسنى قسمتها بسهولة ، وبيع البضائع الموجودة فى المستودع وبيع الأدوات . كل ذلك مع مراعاة القيود الموضحة فى الصك الذى أقامه مصفياً ، ومراعاة القرارات التى يتخذها الشركاء بالإجماع فى أثناء التصفية » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٠ – وانظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش – هذا ويجوز للمصفى أن يعهد إلى الغير ببعض أعمال التصفية ، وأن يستأنس برأى الخبراء فى الأعمال =

٢٥٧ — حق الشركاء فى مراقبة أعمال التصفية : والمصفى باعتباره وكيلا عن الشركاء يجب أن يقدم لهم حساباً عن أعمال التصفية التى قام بها[1] . وإذا طلب أحد الشركاء ، أثناء إجراء التصفية ، أن يحصل على معلومات عن هذه الإجراءات ، وجب على المصفى أن يوافيه بمعلومات كافية عن ذلك ، وأن يضع تحت تصرفه الدفاتر والأوراق والمستندات المختصة بأعمال التصفية[2] . وتقول المادة ٩٣٥ من التقنين اللبنانى : « يجب على المصفى ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية عن حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية » . وتقول المادة ٩٣٦ من نفس التقنين : « إن المصفى ملزم بالموجبات التى تترتب على الوكيل المأجور فيما يختص بتقديم حساباته وإعادة المال الذى قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون ، ويلخص فيها جميع الأعمال التى أجراها والحالة النهائية التى نتجت عنها » . وتقول المادة ٩٣٩ من نفس التقنين : « بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يودع المصفى دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكمة أو محلا آخر أميناً تعينه المحكمة ، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصاً

= التى يقوم بها ، ولكنه يبقى هو المسئول وحده أمام الشركاء . ولكن لا يجوز له أن يعهد للغير بأن يقوم بجميع أعمال التصفية (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٠) ، لأن شخصية المصفى ملحوظة وقت تعيينه ، فيجب أن يقوم هو بنفسه بأعمال التصفية إلا ما يحتاج فيه إلى معاونة الغير أو إلى رأى خبير . وتقول المادة ٩٣٣ من التقنين اللبنانى فى هذا الصدد : « يحق للمصفى أن يستنيب غيره فى إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولا عن الأشخاص الذين يستنيبهم ، وفاقاً للقواعد المختصة بالوكالة » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش) .

(١) ويبدو أن مسئوليته تكون كمسئولية الوكيل ، فتزيد هذه المسئولية إذا كان بأجر (انظر فى مسئولية المصفى فورنييه فقرة ١٣٩) .

(٢) فورنييه فقرة ١٣٢ ص ١٥٤ .

لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة فى المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوى الشأن ولورثتهم أو خلفائهم فى الحقوق أو للمصفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها »(١) . ولم ترد فى التقنين المصرى نصوص تقابل هذه النصوص الواردة فى التقنين اللبنانى ، فلا يسرى من هذه الأحكام فى مصر إلا ما كان يتفق مع القواعد العامة ، فلا يسرى مثلا وجوب حفظ أوراق التصفية مدة خمس عشرة سنة من وقت الإيداع ، فهذا الحكم لا يقوم إلا بنص خاص .

٢٥٨ – أجر المصفى : ولم يعرض التقنين المدنى المصرى لأجر المصفى ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان المصفى وكيلا عن الشركاء ، وكان الأصل فى الوكالة ألا تكون مأجورة إلا إذا اتفق على أجر للوكيل (م ٧٠٩ مدنى) ، فالظاهر أنه لا بد من النص على أجر للمصفى فى قرار تعيينه الصادر من أغلبية الشركاء أو من القضاء(٢) . ويغلب أن يعين له أجر ، وبخاصة إذا كان أجنبياً من غير الشركاء(٣) .

---

(١) انظر فى كل هذه النصوص آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش .

(٢) قارن فورنييه فقرة ١٣١ ص ١٥٢ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن المصفى يعتبر وكيلا عن الشركة بأجره وبأنه إذا حكمت المحكمة بحل شركة وبتعيين مصف وقدرت له أمانة يدفعها المدعى ، ثم أحجم طرفا الدعوى عن دفع الأمانة ، فإن ذلك لا يحول دون أن تسير المحكمة فى تنفيذ حكمها بإجراء التصفية وبتكليف المصفى مباشرة عمله فى الحدود التى رسمها له الحكم على أن يتقاضى أجره من مال الشركة بالقدر المعين فى الحكم أو بما يزيد عنه حسب قيامه بعمله وتقدير المحكمة له مستقبلا . ولا تقاس حالة المصفى على المادة ٢٢٧ مرافعات من أنه إذا لم تودع أمانة الخبير من الخصم المكلف بإيداعها ولا من غيره من الخصوم ، فلا يلزم الخبير بأداء مأموريته ، للخلاف الكبير بين عمل الخبير العادى والمصفى (مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١) .

المطلب الثانى

توزيع الصافى من مال الشركة على الشركاء

٢٥٩ — النصوص القانونية : تنص الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ٥٣٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ٢ — ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال ، كما هى مبينة فى العقد ، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها فى العقد ، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به » .

« ٣ — وإذا بقى شىء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح » .

« ٤ — أما إذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فإن الخسارة توزع عليهم جميعاً بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٠/٢ و٣ و٤ على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٦/٢ و٣ و٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ — ص ٤٠٥) .

م ٥٠٤ - وفى التقنين المدنى الليبي م ٥٣٤ - ٥٣٥ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٢/٦٥٥ - ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] .

٢٦٠ - حقوق الشركاء فى الصافى من مال الشركة: فإذا تمت تصفية أموال الشركة على الوجه السابق بيانه ، انتهت الشخصية المعنوية للشركة ، فقد كانت هذه الشخصية قائمة موقتاً فى الحدود اللازمة للتصفية كما سبق القول ، فبانتهاء التصفية تنعدم هذه الشخصية نهائياً .

ومن ثم فإن المال الذى يتبقى ، وهو صافى مال الشركة بعد وفاء ديونها ، يصبح مملوكاً فى الشيوع للشركاء ، كل منهم بقدر نصيبه ، سواء فى ذلك شمل هذا المال أعياناً معينة بالذات ، أو لم يشمل إلا نقداً إذا باع المصفى منقولات الشركة وعقاراتها لتحويلها إلى نقود على النحو الذى سبق بيانه[2] .

أما الطريقة التى يوزع بها هذا المال الشائع على الشركاء فتكون باختصاص كل واحد منهم بما يعادل قيمة حصته فى رأس المال . فإذا بقى من مال الشركة شئ بعد ذلك ، كان الباقى أرباحاً ، ووزعت هذه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٥٠٤ و٣ و٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٥٣٤و٣و٤ (مطابق) .

م ٥٣٥ : ١ - يحق للشركاء الذين ساهموا بتقديم أشياء لمجرد الانتفاع بها استردادها بالحالة التى هى عليها . ٢ - أما إذا هلكت هذه الأشياء أو تضررت لسبب يرجع إلى القائمين بالإداره ، فيحق للشركاء أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر على حساب أموال الشركة ، دون المساس بالحق فى ملاحقة المديرين . (وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٦٥٥ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل : ولكن نصوص التقنين المصرى تتفق مع القواعد العامة فيمكن تطبيقها فى لبنان .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٣١ .

الأرباح بالنسبة المتفق عليها فى توزيع الأرباح . أما إذا لم يف مال الشركة بحصص الشركاء ، فما نقص عن هذه الحصص فهو خسائر ، توزع بين الشركاء أيضاً بالنسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر[1] .

ومن ثم يكون هناك محل : (أولا) لتوزيع قيمة الحصص على الشركاء . (ثانياً) لتوزيع ما زاد على هذه الحصص باعتبار الزائد أرباحاً . (ثالثاً) أو لتوزيع ما نقص عن هذه الحصص باعتبار الناقص خسائر .

٢٦١ — توزيع ما يعادل قيمة الحصص على الشركاء : فيبدأ المصفى بأن يخصص من صافى مال الشركة ، لكل شريك ، مبلغاً يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال .

ويغلب أن تكون قيمة حصة كل شريك مبينة فى عقد تأسيس الشركة . وعند ذلك يخصص للشريك من صافى مال الشركة ما يعادل هذه القيمة المبينة فى العقد .

أما إذا كانت قيم حصص الشركاء غير مبينة فى عقد تأسيس الشركة ، وجب على المصفى تقويم هذه الحصص وقت تسليمها للشركة من الشركاء . ويرجع فى ذلك إلى أوراق الشركة ومستنداتها ودفاترها وإلى رأى الخبراء وشهادة الشهود عند الاقتضاء . وإذا نازع الشريك فى القيمة التى قدرت بها حصته كان له أن يلجأ إلى القضاء ، ولقاضى الموضوع الكلمة الأخيرة فى هذا التقدير .

وقد تكون حصة الشريك عملا قدمه للشركة ، فلا يختص الشريك فى هذه الحالة بشىء . ذلك أن حصته فى الواقع من الأمر هى استنفاد هذا العمل ، فلا يبقى شىء يسترده . ولكن تقدر قيمة هذا العمل مع

---

(١) فورنييه نقرة ١٤٢ .

ذلك ، لا لتخصيص هذه القيمة للشريك ، ولكن لتقدير النسبة التى يساهم فيها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر إذا لم تكن هناك نسبة أخرى محددة لذلك ، على ما سيأتى .

وقد تكون حصة الشريك حق المنفعة فى شيء معين بالذات (droit d'usufruit) أو مجرد حق شخصى فى الانتفاع بشيء معين بالذات (droit personnel de jouissance) ، فلا يختص الشريك فى هذه الحالة أيضاً بشيء من حصته ، لأن الحصة هنا كما فى العمل هى استنفاد منفعة الشيء أو الانتفاع به ، فلا يبقى للشريك شيء يسترده . وتقدر قيمة المنفعة أو حق الانتفاع لمعرفة النسبة التى يساهم بها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر ، كما رأينا عندما تكون الحصة عملا[1] .

٢٦٢ – توزيع الأرباح بين الشركاء : وعندما يتخصص لكل شريك قيمة حصته على الوجه المتقدم بيانه ، ويبقى بعد ذلك شيء من صافى مال الشركة ، فإن الباقى يعتبر أرباحاً للشركة ، ويوزع بين الشركاء بالنسبة التى توزع بها الأرباح .

وقد قدمنا أن عقد الشركة قد ينص على النسبة التى توزع بها الأرباح بين الشركاء[2] ، فتلتزم هذه النسبة لقسمة الباقى من صافى مال الشركة بين الشركاء . أما إذا لم يكن عقد الشركة قد نص على النسبة التى توزع

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الثانية من المادة ٥٣٦ مدنى : « والفقرة الثانية تبين كيفية قسمة رأس المال بين الشركاء . فإذا كانت الحصة التى قدمها الشريك هى مال معين ، فله ما يعادل قيمتها المبينة بالعقد ، أو قيمتها وقت تسليمها إن لم تكن مبينة بالعقد : م ٥٨٨ من التقنين البولونى . وإذا كان الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو كانت حصته هى حق المنفعة بمال أو مجرد الانتفاع به ، فإنه لا يتصور استرداده لقيمة الحصة فى هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ وما بعدها .

بها الأرباح ، فقد قدمنا أن الأرباح توزع بنسبة حصة كل شريك فى رأس المال[1] . ومن ثم يوزع الباقى من صافى مال الشركة على الشركاء كل منهم بنسبة حصته فى رأس المال[2] .

فإذا فرضنا أن الصافى من مال الشركة هو خمسة آلاف ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول فى رأس المال بألف وحصة الثانى بثمانمائة وحصة الثالث بسبعمائة ، خصص لكل شريك قيمة حصته ، فيكون مجموع الحصص ألفين وخمسمائة ، والباقى من صافى مال الشركة — وهو ألفان وخمسمائة أيضاً — يعتبر أرباحاً . فإذا كانت هناك نسبة متفق عليها لتوزيع الأرباح ، وزع الباقى على الشركاء بهذه النسبة . أما إذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها ، وزع الباقى بنسبة الحصص . فيأخذ كل شريك فى هذه الحالة حصته مضاعفة ، مرة عن قيمة حصته ومرة أخرى عن نصيبه فى الربح ، لأن قيمة الحصص فى الفرض الذى نحن بصدده معادلة لقيمة الأرباح .

٢٦٣ — توزيع الخسائر بين الشركاء : أما إذا لم يف الصافى من مال الشركة بحصص الشركاء ، فإن ما نقص من هذه الحصص يعتبر خسائر ، ويوزع على الشركاء بالنسبة التى توزع بها الخسائر . فإن كان متفقاً على نسبة معينة ، التزمت هذه النسبة فى توزيع ما نقص من صافى مال الشركة عن قيمة الحصص . وإن لم يكن متفقاً على نسبة معينة ، كان التوزيع على كل شريك بنسبة حصته فى رأس المال[3] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٢ وما بعدها .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحيـــة للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٤ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٤ .

فإذا فرضنا أن الصافى من مال الشركة هو ألفان ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول فى رأس المال بثلاثة آلاف ، وكانت حصة الثانى منفعة قدرت بخمسمائة ، وكانت حصة الثالث عملا قدر بخمسمائة أخرى ، خصص للشريك الأول من صافى مال الشركة قيمة حصته ، أما الثانى الذى حصته منفعة والثالث الذى حصته عمل فلا يأخذان شيئاً عن حصتيهما[1] كما سبق القول . فتبين أن صافى مال الشركة لا يفى بحصة الشريك الأول ، إذ الصافى ألفان وحصة الشريك الأول ثلاثة آلاف ، فيأخذ الشريك الأول كل الألفين ، وما نقص وهو ألف يعتبر خسائر . فإذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها فى توزيع هذه الخسائر بين الشركاء ، وزعت عليهم كل بنسبة حصته . ومن ثم يوزع الألف ، وهو الخسائر ، على الشركاء الثلاثة بنسبة حصصهم ، أى بنسبة ثلاثة آلاف حصة الأول إلى خمسمائة حصة الثانى إلى خمسمائة حصة الثالث . فيتحمل الشريك الأول ثلاثة أرباع الخسائر ، أى سبعمائة وخمسين من الألف ، ويتحمل كل من الشريكين الآخرين نصف الربع من الخسائر . فيرجع الشريك الأول على كل منهما بمائة وخمسة وعشرين ، فيكون ما يأخذه منهما معاً مائتين وخمسين ، وذلك إلى جانب الألفين وهو المبلغ الذى سبق أن خصص له فى مقابل حصته .

---

(١) ولكن يسترد الشريك الذى حصته منفعة العين المنتفع بها ، ويستردها بالحالة التى هى عليها . وإذا هلكت أو تعيبت بخطأ المديرين ، رجع الشريك بالتعويض على الشركة ، دون إخلال بمسئولية المديرين . أما إذا هلكت بسبب أجنبى ، فالهلاك على الشريك . انظر فى هذا المعنى م ٥٣٥ ليبى آنفاً فقرة ٢٥٩ فى الهامش ، وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٥ ص ٦٨ — جوسران ٢ فقرة ١٣٣٧ .

وإذا كانت حصة الشريك هى الانتفاع بترخيص (permis) أو بالتزام (concession) ، كان لهذا الشريك استرداد الترخيص أو الالتزام عند تصفية الشركة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

٢٦٤ — القسمة بين الشركاء — نص قانوني : وتنص المادة ٥٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى : « تتبع فى قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع »[1] .

ويخلص من ذلك أنه متى تحدد نصيب كل شريك فى الصافى من مال الشركة على النحو الذى تقدم بيانه ، فتخصص لكل شريك قيمة حصته فى رأس المال ، يضاف إليها نصيبه فى الأرباح أو ينقص منها نصيبه فى الخسائر ، فقد أصبح هذا الصافى من مال الشركة — وهو مملوك فى الشيوع لجميع الشركاء كما قدمنا — محدداً فيه نصيب كل شريك شائعاً .

فإذا كان صافى مال الشركة نقداً ، تيسر توزيعه على الشركاء ، كل بنسبة نصيبه ، ولا محل فى هذه الحالة لإجراء القسمة عيناً .

أما إذا كان هذا الصافى أعياناً معينة بالذات ، منقولا كان أو عقاراً ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٥ فى المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٥٦ (مطابق) . وانظر فى شركة الوجوه وشركة المضاربة وشركة الأعمال فى التقنين المدنى العراقى المواد ٦٥٨ إلى ٦٨٣ من هذا التقنين .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : يورد أحكام قسمة الأموال الشائعة تفصيلا فى المواد ٩٤١ إلى ٩٤٩ — ذلك أن هذا التقنين قد جمع بين شركة الملك (أى المال الشائع) وشركة العقد ، فصح أن يورد أحكام قسمة المال الشائع فى كتاب الشركات بهذا المعنى الواسع .

أو اشتمل على أعيان معينة بالذات ، بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء . وينقضى هذا الشيوع بالقسمة ، شأن كل مال شائع . وقد أحالت المادة ٥٣٧ مدنى السالفة الذكر صراحة على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع . فلكل شريك أن يطالب بالقسمة ، وعندئذ تسرى الأحكام الواردة فى المواد ٨٣٤ إلى ٨٤٩ مدنى ، وبحثها يكون عند الكلام فى الملكية الشائعة .

الباب الثالث

عقد القرض

والدخل الدائم

مقـــدمة (*)

٢٦٥ – التعريف بعقد القرض وخصائصه – نص قانوني :

تنص المادة ٥٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٦٦/٤٦٥(٢) .

(*) مراجع : جيوار فى عقد القرض – أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة جزء ٦ – بودرى وڤال الطبعة الثالثة جزء ٢٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه الطبعة الثانية جزء ١١ – دى پاچ ودكرز (Dekkers) جزء ٥ – بلانيول وريبير وبولانچيه الطبعة الثالثة جزء ٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير الطبعة العاشرة جزء ٢ – جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ prêt – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة جزء ٢ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فى العقود المسماة سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٦ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٩ – ص ٤١٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٦٦/٤٦٥ : والعارية بالاستهلاك هى أن المعير ينقل إلى المستعير ملكية شىء يلتزم المستعير بتعويضه بشىء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد الميعاد المتفق عليه .

(والتقنين المدنى السابق كان يعتبر القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، أما التقنين المدنى الجديد فيعتبره عقداً رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . والعبرة بتاريخ تكوين العقد ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يتم القرض إلا بالتسليم ، وإلا تم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . على أن العقد الذى لم يتم التسليم فيه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ يمكن اعتباره وعداً بقرض يجبر الواعد على تنفيذه بتسليم الشىء فيتم القرض) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٠٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٣٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٨٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٥٤ — ٧٥٥[1] .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن عقد القرض محله يكون دائماً شيئاً مثلياً ، وهو فى الغالب نقود . فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض ، على أن يسترد منه مثله فى نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى محل القرض .

ونقف الآن من عقد القرض عند الخصائص الآتية ، وهى خصائص يمكن استخلاصها من التعريف السالف الذكر : (١) عقد القرض عقد رضائى (٢) وهو عقد ملزم للجانبين (٣) وهو فى الأصل عقد تبرع وقد يكون عقد معاوضة .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٨٤ : القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . (والظاهر أن عقد القرض فى التقنين العراقى عقد عينى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٥٤ : قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين الفريق الآخر نقوداً أو غيرها من المثليات ، بشرط أن يرد إليه المقترض فى الأجل المتفق عليه مقدارا يماثلها نوعاً وصفة .

م ٧٥٥ : ينعقد أيضاً قرض الاستهلاك إذا كان لدائن فى ذمة شخص آخر على سبيل الوديعة أو غيرها مبلغ من النقود أو المثليات ، فأجاز لمديونه أن يبقى لديه تلك النقود أو الأشياء على الإقراض . (والظاهر أن التقنين اللبنانى يجعل القرض عقداً عينيا لا يتم إلا بالتسليم ، ويمتد بالتسليم الحكمى فيما إذا كان الشيء المقترض عند المقترض قبل القرض على سبيل الوديعة أو غيرها ويستبقيه المقترض بعقد القرض) .

٢٦٦ — القرض عقد رضائى : يظهر من تعريف القرض كما أوردته المادة ٥٣٨ مدنى أن القرض يتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول ، أما نقل ملكية الشىء المقترض وتسليمه إلى المقترض فهذا التزام ينشئه عقد القرض فى ذمة المقرض ، وليس ركناً فى العقد ذاته[١] .

ولم يكن الأمر كذلك فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان القرض فى هذا التقنين عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشىء المقترض إلى المقترض ونقل ملكيته إليه (م ٤٦٥/٥٦٦ مدنى سابق) . وكان التقنين المدنى السابق يسير فى ذلك على غرار التقنين المدنى الفرنسى . وكلا التقنينين ورث عينية عقد القرض عن القانون الرومانى دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة فى القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى العقود العينية ومنها القرض . ولم يسلم القانون الرومانى بأن التراضى وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضى كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم نعد فى حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم . وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة ، فإن تقنين الالتزامات السويسرى (م ٣٢١ و م ٣٢٩) جعل القرض عقداً رضائياً ، وعلى نهجه سار التقنين المدنى المصرى الجديد[٢] .

وعينية عقد القرض فى القانون الفرنسى ينتقدها الفقه بحق ، إذ هى كما قدمنا ليست إلا أثراً من آثار تقاليد القانون الرومانى بقى بعد أن زال

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٠ .

(٢) انظر الوسيط للمؤلف ١ فقرة ٤٩ .

مبرره . وكان بوتييه يقيمها على أساس أن المقترض لا ينبغي أن يلتزم برد مثل الشيء المقترض إلا بعد أن يقبض هذا الشيء[١] . ويمكن الرد على ذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم عقد القرض قبل أن يتولد فى ذمة المقترض التزام برد المثل ، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقرض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقترض . وهذا هو الذى يحدث فى عقد الإيجار ، فإن المستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن ينفذ المؤجر التزامه بتسليمها إياه ، ومع ذلك يتم عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو عقد رضائى دون شك[٢] .

على أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن القرض عقد عينى لا يتم إلا بالتسليم ، ما دامت الرضائية هى الأصل فى التعاقد . ففى القانون الفرنسي يمكن أن يحل محل القرض العينى وعد بالقرض رضائى ينتهى إلى ذات النتيجة التى ينتهى إليها القرض العينى . وما على المتعاقدين إلا أن يتعاقدا على وعد بالقرض ، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه شيئاً . ويتم الوعد فى هذه الحالة بمجرد التراضى ، لأن الأصل فى التعاقد الرضائية كما قدمنا . وعند ذلك يستطيع الموعود له أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده ، فيتسلم منه الشيء الموعود بقرضه ، فنصل بذلك عن طريق الوعد بالقرض إلى القرض الكامل[٣] .

---

(١) بوبتييه فى الالتزام فقرة ٦ – وانظر أيضاً جيوار فقرة ٨ – فقرة ٩ .

(٢) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٥٩٦ وفقرة ٧٠١ .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٢٢ – فقرة ١٢٣ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فى العقود المسماة ص ١٧٧ هامش ١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٦ – وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القرض عقدا عينياً وكان يمكن أن يسبقه وعد ملزم بالقرض : استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٨٧ – وقارن استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٩ .

٢٦٧ - القرض عقد ملزم للجانبين : والقرض ينشئ التزامات متقابلة فى جانب كل من المقرض والمقترض ، فهو إذن عقد ملزم للجانبين . والالتزامات التى ينشئها فى جانب المقرض هى أن ينقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إياه ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . أما الالتزامات التى ينشئها فى جانب المقترض فهى أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع فوائد مقابلا للقرض . وسيأتى تفصيل كل ذلك .

وليس القرض عقداً ملزماً للجانبين منذ أصبح عقداً رضائياً فحسب ، بل هو فى نظرنا كان ملزماً للجانبين حتى لما كان عقداً عينياً فى التقنين المدنى السابق . ذلك أن القرض وهو عقد عينى كان ينشىء التزاماً فى ذمة المقرض ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركناً لا التزاماً ، بل بالامتناع عن استرداد المثل قبل نهاية القرض . يؤكد ذلك ما ورد فى الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدنى من أنه « يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقترض ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض » . فالالتزام بتسليم الشيء إلى المقترض كان فى التقنين المدنى السابق ركناً لا التزاماً كما سبق القول ، أما الالتزام بالامتناع عن المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض ، فهذا الالتزام قائم فى ذمة المقرض سواء كان القرض عقداً رضائياً أو عقداً عينياً . ويتبين من ذلك أن القرض ، عندما كان عقداً عينياً ، كان ينشىء التزاماً فى جانب المقرض ، وقد يكون من الالتزامات المقابلة له فى جانب المقترض التزام بدفع فوائد مشترطة فى العقد . فإذا أخل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسرى على عقد القرض ، فلا نكون

فى حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء إن قاعدة الفسخ تسرى على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسرى على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين فى تسمية الفسـخ فى عقد القرض بالإسقاط (déchéance) ، بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض حتى لو كان عقداً عينياً . ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم فى عقد القرض التزاماً لا ركناً وأصبح القرض عقداً رضائياً ، وذلك أن المقرض إذا فسخ العقد فى حالة إخلال المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، فإن المقرض لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية القرض[1] .

٢٦٨ — القرض عقد تبرع فى الأصل : والأصل فى عقد القرض أن يكون تبرعاً ، إذ المقرض يخرج عن ملكية الشىء إلى المقترض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن ، وذلك دون مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقترض دفع فوائد معينة فى مقابل القرض ، أصبح القرض عقد معاوضة . ولكن الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت ، إذ الأصل فى القرض كما قدمنا أن يكون عقد تبرع . وتقول المادة ٥٤٢ فى هذا المعنى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

٢٦٩ — تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود : والقرض يتميز تميزاً واضحاً عن بعض العقود ، فلا يلتبس بها . من ذلك عقد

(١) انظر فى الاعتراض على رأينا هذا وفى الرد على الاعتراض الوسيط للمؤلف جزء أول ص ١٥٩ ص هامش رقم ١ .

الهبة ، فالقرض نقل ملكية الشيء على أن يسترد مثله ، أما الهبة فنقل ملكية الشيء على ألا يسترده لا هو ولا مثله . وإنما يشترك القرض بغير فائدة مع الهبة فى أن كلا منهما عقد تبرع . ومن ذلك عقد الإيجار ، فالقرض ينقل ملكية الشيء ، أما الإيجار ، فلا ينقل الملكية وإنما يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء على أن يرده بعينه فى نهاية الإيجار ، لا أن يرد مثله كما فى القرض . وإنما يتشابه القرض بالفائدة والإيجار من الناحية الاقتصادية فى أن صاحب المال فى الحالتين يجعل الغير ينتفع بماله فى نظير مقابل ، ومن هنا سمى المقرض بمؤجر النقود (bailleur de fonds) .

ولكن القرض قد يلتبس بعقود أخرى . نذكر منها بوجه خاص البيع والشركة والوديعة والعارية .

٢٧٠ – تمييز القرض عن البيع : وفى أكثر الأحوال يتميز القرض فى وضوح عن عقد البيع ، فالبيع نقل ملكية المبيع فى مقابل ثمن من النقود ، أما القرض فنقل ملكية الشيء المقترض على أن يسترد مثله بفوائد أو بدون فوائد . على أنه قد يدق فى بعض الأحوال التمييز بين العقدين ، ونذكر من ذلك ما يأتى :

١ – عندما كان بيع الوفاء جائزاً – كما كان الأمر فى التقنين المدنى السابق – كان كثيراً ما يلتبس بالقرض ، بل كان كثيراً ما يخفى القرض ، ومن أجل ذلك حرمه التقنين المدنى الجديد . فقد كان المقرض يأخذ من المقترض العين ويسمى العقد بيع وفاء ، ويعطيه مبلغاً من النقود هو فى حقيقته قرض ولكن المتعاقدين يسميانه ثمناً . فإذا لم يرد المقترض النقود فى الميعاد المحدد ، أصبح المقرض مالكاً للعين ملكية باتة . ولو سميت الأشياء بأسمائها الصحيحة ، لكانت العين رهناً ، ولما أمكن المقرض

أن يتملكها ، بل وجب عليه بيعها فى المزاد لاستيفاء القرض[١] .

٢ — ولا يزال هناك ، حتى فى التقنين المدنى الجديد ، نوع من الاتفاقات هو شرط التملك عند الوفاء ، بمقتضاه يقبل المقترض إذا لم يف القرض فى الميعاد ، أن يتملك المقرض العين المرهونة فى نظير القرض ، فينقلب القرض بيعاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن العقد فى الصورة السابقة يبدأ بيعاً ويبقى بيعاً ، أما فى الصورة التى نحن بصددها فيبدأ العقد قرضاً ثم يتحول بيعاً . وشرط التملك عند عدم الوفاء باطل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدنى فى هذا المعنى على أنه « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان . . . »[٢] .

٣ — وهناك ما يسمى ببيع العينة ، وحقيقته قرض . وصورته أن يبيع المقترض متاعاً للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض بيع نفس المتاع من المقترض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذى دفعه . مثل ذلك أن يبيع شخص ساعة من آخر بثمن معجل هو عشرون مثلا . فإذا قبض البائع العشرين ، عاد فاشترى الساعة ذاتها ممن اشتراها منه بخمس وعشرين مؤجلة . فتعود إليه الساعة ،

---

(١) ومحكمة الموضوع هى التى تستخلص نية المتعاقدين هل انصرفت إلى القرض لا إلى البيع ، ، وتستخلصها من ظروف القضية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة العقد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرى فى الدعوى والقرائن الأخرى التى أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى رهن الحيازة م ١١٠٨ مدنى .

وينتهى الأمر إلى أنه قبض عشرين معجلة سماها ثمن الساعة ، والتزم بخمس وعشرين مؤجلة ، والفرق فوائد ويغلب أن تكون فوائد فاحشة سترها عقد البيع[1] .

٢٧١ - **تمييز القرض عن الشركة** : ويتميز القرض عن الشركة تميزاً واضحاً فى أكثر الأحوال . فالمقرض يسترد المثل من المقترض ، ولا شأن له بما إذا كان المقترض قد ربح أو خسر من استغلاله للقرض . أما الشريك فلا يسترد حصته من الشركة بعد انقضائها إلا بعد أن يساهم فى الربح أو فى الخسارة . وقد قدمنا أن هذه المساهمة فى الربح وفى الخسارة هى التى تميز الشركة عن القرض .

ويدق التمييز ، كما رأينا عند الكلام فى الشركة[2] ، إذا قدم شخص مالا لآخر ، واشترط عليه أن يسترد مثله وأن يساهم فى الربح دون الخسارة . فمن رأى أن هذه شركة رآها شركة باطلة ، إذ هى شركة الأسد[3] . ومن رأى أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر ، واشترط فائدة للقرض هى نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمراً احتمالياً قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح . وينبنى على ذلك أنه إذا تحقق ربح وزاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانوناً ، أنزل النصيب إلى الحد القانونى . وينبنى على ذلك أيضاً أن المقرض لا يشترك غالباً فى إدارة العمل الذى قدم المال من

---

(١) وهذا ما كان بوتييه يسميه Mohatra ، ويغلب أن يكون من بيع العينة فى الفقه الإسلامى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٧١ .

أجله ، ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك[١] . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن انصرفت نيتهما إلى المشاركة فى العمل ، اعتبر من قدم المال شريكاً اشترط عدم المساهمة فى الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرضاً على النحو الذى أسلفناه[٢] .

وقد تتفق جماعة على أن يقدم كل منهم مبلغاً من النقود ، على أن يأخذ كل منهم بدوره مجموع هذه المبالغ مدة عام مثلا ، ويردها ليأخذها غيره ، فينتفع كل منهم بمجموع هذه المبالغ مدة معينة . وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل (prêt à crédit différé)[٣] . فهذا عقد ظاهره شركة تختلط بالقرض ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اتفاق مستخدمى متجر على أن يودعوا ما يقتصدونه عند أحدهم ليستثمره لمصلحتهم ، وعند الاقتضاء يقدم منه شيئاً إلى من كان فى حاجة إلى ذلك ، لا يعتبر عقد شركة ، بل هو عقد غير مسمى يدور بين الوكالة والوديعة الناقصة ، فلا يجوز الحكم بالحل والتصفية[٤] . ولا يجوز لمستخدم منهم خرج من الخدمة أن يطالب بحل الهيئة وتصفيتها ، بل كل ما يستطيع هو أن يطالب بقيمة حصته وقت خروجه[٥] .

٢٧٢ — تمييز القرض عن الوديعة : ويتميز القرض عن الوديعة فى

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٤٤ آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٦٩٣ — وانظر فى الفروق بين الشركة والقرض بودرى وفال ٢٣ فقرة ٦٩٥ بلانيول وريبير وساثاتييه ١١ فقرة ١١٣٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش — وانظر فى هذا القرض فى فرنسا بلانيول وريبير وساڤتييه ١١ فقرة ١١٤١ مكررة ثالثاً .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ .

(٥) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ .

أن القرض ينقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض على أن يرد مثله فى نهاية القرض إلى المقرض ، أما الوديعة فلا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودَع عنده بل يبقى ملك المودع ويستّرده بالذات . هذا إلى أن المقترض ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالكاً له ، أما المودَع عنده فلا ينتفع بالشيء المودع بل يلتزم بحفظه حتى يرده إلى صاحبه .

ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر مما يهلك بالاستعمال ، ويأذن له فى استعماله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد الخلاف فى طبيعة الوديعة الناقصة ، فكيفها بأنها قرض . وتقول المادة ٧٢٦ مدنى فى هذا المعنى : « إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودَع عنده مأذوناً له فى استعماله ، اعتبر العقد قرضاً » .

أما فى فرنسا فالفقه مختلف فى تكييف الوديعة الناقصة . والرأى الغالب هو الرجوع إلى نية المتعاقدين . فإن كان صاحب النقود قصد أن يتخلص من عناء حفظها بإيداعها عند الآخر ، فالعقد وديعة . أما إن قصد الطرفان منفعة من تسلم النقود عن طريق استعمالها لمصلحته ، فالعقد قرض . ويكون العقد قرضاً بوجه خاص إذا كان من تسلم النقود مصرفاً[1] .

٢٧٣ — تمييز القرض عن العارية : وقد درج كثير من التقنينات — منها التقنين الفرنسى والتقنين المصرى السابق — على جمع القرض والعارية فى مكان واحد وتسمية العقدين بالعارية ، وللتمييز بينهما يسمى القرض عارية استهلاك (prêt de consommation) والعارية عارية استعمال (prêt à usage) .

---

(١) انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٩٠٢ — فقرة ١٠٩٧ .

والفرق ما بين العقدين فرق جوهرى . ففى القرض ينقل المقرض ملكية شىء مثلى على أن يسترد المثل عند نهاية القرض ، ومن ثم كان القرض من العقود التى ترد على الملكية . أما فى العارية ، فالمعير لا ينقل ملكية العين المعارة إلى المستعير ، بل يقتصر على تسليمها إياه لينتفع بها على أن يردها بذاتها عند نهاية العارية ، ومن ثم كانت العارية من العقود التى ترد على الانتفاع بالشىء . ومن أجل ذلك فرق التقنين المدنى الجديد ما بين العقدين ، فوضع القرض بين العقود التى ترد على الملكية ، والعارية بين العقود التى ترد على الانتفاع بالشىء .

والذى يميز القرض عن العارية أن محل القرض يجب أن يكون شيئاً مثلياً ، لأن المقترض يلتزم برد مثله (م ٥٣٨ مدنى سالفة الذكر) . أما محل العارية فيجب أن يكون شيئاً قيمياً لا مثلياً ، لأن المستعير يرده بعينه لا بمثله . ومع ذلك فقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العارية بأنها « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . والصحيح أن العبرة بالمثلية والقيمية ، لا بالقابلية للاستهلاك وعدم القابلية له . فقد يقرض شخص آخر شيئاً غير قابل للاستهلاك ، ما دام هذا الشىء مثلياً . مثل ذلك أن تقترض مكتبة من أخرى نسخة من كتاب لتبيعها إلى عميل ، على أن ترد مثلها إلى المكتبة التى أقرضتها النسخة . وقد يعير شخص آخر شيئاً قابلا للاستهلاك ، ما دام هذا الشىء قد اعتبر لذاته فأصبح قيمياً على هذا النحو . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعوض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بذاته إلى المعير بعد انتهاء التفتيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعاً من النقود يضعها فى « القترينة » على أن يردها بذاتها[٢] . (prêt ad pompam et ostentationem) .

---

(١) انظر بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٠١ – وإذا أعار شخص آخر أسهماً ينتفع بفوائدها —

٢٧٤ - التنظيم التشريعى للقرض والدخل الدائم : كان التقنين المدنى السابق يجمع ، كما قدمنا ، بين القرض والعارية فى باب واحد ، وكان يضم إلى كل من القرض والعارية فى نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة . ولما كانت الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة فى طبيعتها ، فقد فصل بينها التقنين المدنى الجديد ، وجعل القرض والدخل الدائم وهما من طبيعة واحدة فى فصل واحد بين العقود الواردة على الملكية . وجعل العارية فى فصل مستقل بين العقود الواردة على الانتفاع بالشىء . وخصص للإيراد المرتب مدى الحياة فصلا مستقلا بين عقود الغرر إذ هو منها . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « يجمع التقنين الحالى (السابق) ما بين عاريتى الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة فى باب واحد ؛ والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر ، فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما عارية الاستهلاك فترد على الملكية . وإذا كان الدخل الدائم عقداً محدداً ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالى . والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم فى مكان واحد فكلاهما قرض ، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التى ترد على المنفعة ، والدخل المرتب

= على أن يرد الأسهم بالذات ، فالعقد عارية لا قرض (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٤) - وأهم الفروق بين القرض والعارية - وهما الآن عقدان رضائيان ملزمان للجانبين فى التقنين المدنى الجديد - أن القرض عقد ناقل للملكية والعارية لا تنقل إلا حيازة عرضية (ويستتبع ذلك نتائج هامة فى تبعة الهلاك وفى حقوق المقرض أو المعير عند إعسار المقترض أو المستعير) ، وأن القرض قد يكون تبرعاً أو معاوضة إذا كان بفائدة أما العارية فلا تكون إلا تبرعاً ، وأن للمعير على عكس المقرض أن يسترد العين المعارة قبل الوقت المحدد فى العقد إذا عرضت له حاجة ماسة (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٢٢٥) .

مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع »[1] .

وقد رتب التقنين المدنى الجديد عقد القرض ترتيباً منطقياً لا نجده فى التقنين المدنى السابق ، فذكر أولا التزامات المقرض ، وهى إلى جانب نقل الملكية تسليم الشىء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هى الالتزامات التى تنشئها عادة العقود الناقلة للملكية ، رأيناها قبل ذلك فى البيع والمقايضة والهبة والشركة . ثم ذكر بعد ذلك التزامات المقترض ، وهى رد المثل ودفع الفوائد إن وجدت . وذكر أخيراً الوجوه التى ينتهى بها القرض[2] .

أما الدخل الدائم ، فقد أوجز فيه التقنين المدنى السابق إيجازاً مخلا . فعالج التقنين المدنى الجديد هذا العيب ، إذ عرف العقد ، وبين أحكامه ، وأفاض بوجه خاص فى أحكام الاستبدال به والاستبدال خصيصة رئيسية فيه[3] .

٢٧٥ — أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق فى عقد القرض : وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق فى عقد القرض فيما يأتى :

١ – جعل التقنين الجديد القرض عقداً رضائياً ، وكان عينياً فى التقنين السابق .

٢ – بيّن التقنين الجديد فى وضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين ، فهناك التزامات فى ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى فى ذمة المقترض .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٨ .

٣ - نقل التقنين الجديد أحكام الفوائد إلى الأحكام العامة فى نظرية الالتزام .

٤ - أغفل التقنين الجديد نصاً أورده التقنين السابق خاصاً برد القيمة العددية للنقد أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات ، اكتفاء بالنص العام (م ١٣٤ مدنى) الوارد فى هذا الشأن .

٥ - بيّن التقنين الجديد أسباب انقضاء القرض بياناً وافياً . وجدد فى مسألة هامة ، إذ أجاز انتهاء القرض بفائدة متى انقضت ستة أشهر على القرض وأعلن المدين رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترض ، على أنه يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان[1]

٢٧٦ — خطة البحث : ونبحث القرض والدخل الدائم فى فصول ثلاثة متعاقبة ، فنبحث أركان القرض فى الفصل الأول ، ثم آثار القرض فى الفصل الثانى ، ثم الدخل الدائم فى الفصل الثالث :

---

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨ .

الفصل الأول

أركان القرض

٢٧٧ – **أركانه ثلاثة** : لعقد القرض ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضى والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضى فى عقد القرض

٢٧٨ – **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : نتكلم فى شروط الانعقاد فى التراضى ، ثم فى شروط صحة التراضى .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٢٧٩ – **توافق الإيجاب والقبول كاف فى عقد القرض** : قدمنا أن عقد القرض عقد رضائى ، فيكفى لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المقرض والمقترض .

ولا توجد فى هذا الصدد أحكام خاصة بعقد القرض ، فتسرى القواعد العامة فى نظرية العقد : من ذلك طرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة فى عقد القرض ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ومذ أصبح القرض عقداً رضائياً ، صار الوعد بالقرض يعدل القرض ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما . أما عند ما كان القرض عقداً عينياً فى التقنين المدنى السابق ، فقد قدمنا أنه كان يمكن الاتفاق بعقد رضائى على وعد بالقرض ، ويكون هذا الوعد ملزماً ، فيجبر الواعد على تسليم ما وعد بإقراضه ، فيتم القرض بالتسليم . وكنا بذلك نصل إلى القرض عندما كان عقداً عينياً عن طريق عقد رضائى هو الوعد بالقرض(١) .

٢٨٠ – **صور مختلفة لعقد القرض** : وقد يتخذ القرض صوراً مختلفة أخرى غير الصورة المألوفة .

من ذلك أن تصدر شركة أو شخص معنوى عام سندات ، فهذه السندات قروض تعقدها الشركة أو الشخص المعنوى مع المقرضين : ومن اكتتب فى هذه السندات فهو مقرض للشركة أو الشخص المعنوى بقيمة ما اكتتب به .

ومن ذلك تحرير كمبيالة أو سند تحت الإذن أو سند لحامله ، فهذه الأوراق قد تكون قروضاً يعقدها من حررها وهو المقترض لمصلحة من حررت له وهو المقرض .

ومن ذلك فتح اعتماد فى مصرف لعميل ، فالعميل يكون مقترضاً من المصرف مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح .

ومن ذلك إيداع نقود فى مصرف ، فالعميل الذى أودع النقود هو المقرض والمصرف هو المقترض ، وقد قدمنا أن هذه وديعة ناقصة وتعتبر قرضاً(٢) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

ومن ذلك تعجيل مصرف مبلغاً من النقود لعميل لقاء أوراق مالية مودعة فى المصرف ، فالمصرف يكون قد أقرض العميل هذا المبلغ الذى عجله فى مقابل رهن هو الأوراق المالية المودعة فى المصرف[1] .

٢٨١ – إثبات القرض : ويخضع القرض فى إثباته للقواعد العامة المقررة فى الإثبات . ومن ثم لا يجوز إثبات القرض ، إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالإقرار واليمين ومبدأ الثبوت بالكتابة[2] . أما إذا لم تزد قيمة القرض على عشرة جنيهات أو كان قرضاً تجارياً ، جاز إثباته بجميع طرق الإثبات ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

والقرض يكون تجارياً بالنسبة إلى المقترض ، ومن ثم يجوز للمقرض إثباته بجميع الطرق ، إذا عقده المقترض لعمل من أعمال التجارة[3] . ويكون تجارياً بالنسبة إلى المقرض ، إذا كان داخلا أعمال المقرض التجارية[4] . ويترتب على أن القرض تجارى أو مدنى – إلى جانب طرق

---

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٥ .

(٢) ولا يجوز إثبات عكس مابالكتابة إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكرله إحسانه عليها وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابياً كافياً فى نفى وجود قرض حقيقى (نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يذكر فى الورقة الرسمية أن مبلغ القرض دفع أمام الموثق ، جاز إثبات ما يخالف المكتوب دون حاجة إلى الطعن بالتزوير فى الورقة الرسمية (٢٠ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٣١) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٦ ص ١١١ – بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٨٧٤ وفقرة ٨٧٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١١٣٨ .

(٤) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٨٧٦ وما بعدها – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٨ .

الإثبات — أن السعر القانونى للفائدة يختلف ، فهو ٥ ٪ فى القرض التجارى و ٤ ٪ فى القرض المدنى .

وإذا حررت ورقة لإثبات القرض ، وذكر فيها أن المقترض قد قبض مبلغ القرض ، فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بالورقة ، وأن المقترض لم يقبض هذا المبلغ ، إلا بالكتابة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى الإثبات .

ويجوز للمتعاقدين أن يحررا بالقرض سنداً تحت الإذن حتى يسهل تداوله ، ولا يكون فى ذلك تجديد لعقد القرض[1] .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٢٨٢ — الأهلية فى عقد القرض : والأهلية التى يجب أن تتوافر فى المقرض هى أهلية التصرف ، إذ هو ينقل ملكية الشىء المقترض ، وهذا إذا كان القرض بفائدة . أما إذا كان بغير فائدة فهو تبرع ، ومن ثم يجب أن تتوافر فى المقرض أهلية التبرع[2] . وإذا أقرض القاصر أو المحجور بغير فائدة كان القرض باطلا لأنه ضار به ضرراً محضاً ، أما إذا أقرض بفائدة فإن القرض يكون قابلا للإبطال لمصلحته[3] . ويجوز للأب وللجد

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٤٢ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥ .

(٢) وقد نصت المادة ٧٥٦ لبنانى على أنه « يجب أن يكون المقرض حاصلا على الأهلية اللازمة للتفرغ عن الأشياء التى يريد إقراضها » .

(٣) فإذا كان القرض باطلا أو أبطل ، جاز لناقص الأهلية أن يسترد ما أقرضه قبل الميعاد المحدد فى القرض مع الفوائد المشترطة حتى يوم الرد ، أو مع الفوائد بالسعر القانونى من يوم المطالبة القضائية إذا كان القرض بغير فائدة (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٩ مكررة رابعاً) .

أن يقرضا مال القاصر بفائدة بإذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) ، ولا يجوز للأب إقراض مال القاصر بغير فائدة إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة (م ٥ من قانون الولاية على المال)[1] : وكذلك الوصى والقيم لا يجوز لهما إقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال) .

أما المقترض فتشترط فيه أهلية الالتزام ، لأنه يلتزم برد المثل ، وذلك سواء كان القرض بفائدة أو بغير فائدة . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يقترضا ولو بغير فائدة ، وحتى لو كان القاصر مأذوناً له فى إدارة أعماله ، ويكون العقد فى هذه الحالة قابلا للإبطال[2] . ويجوز للأب أن يقترض باسم القاصر بغير إذن المحكمة (م ٤ من قانون الولاية على المال) ، كما يجوز ذلك للجد ولكن بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) . ويجوز كذلك للوصى والقيم أن يقترضا باسم القاصر أو المحجوز بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال)[3] .

٢٨٣ – عيوب الإرادة عقد القرض : ولا توجد أحكام يختص بها

---

(١) وقد نصت المادة ٦٨٥ عراقى على أنه « لا يملك الولى اقتراض مال من هو فى ولايته » .

(٢) فإذا أبطل القرض ، لم يلتزم ناقص الأهلية إلا برد « ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . (م ٢/١٤٢ مدنى) ، ولا يلتزم بدفع فوائد ولوكانت مشترطة (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٩ مكررة رابعاً) . وقد نصت المادة ٦٩٣ عراقى على أنه « إذا استقرض محجور عليه شيئاً فاستهلكه ، فعليه الضمان بقدر ما كسب ، فإن تلف الشىء بنفسه فلا ضمان عليه . وإن كانت عينه باقية ، فللمقرض استردادها » .

(٣) انظر فى كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٢٩٥ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩٠ .

عقد القرض فى صدد عيوب الإرادة ، فتسرى القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد . ومن ثم يكون القرض قابلا للإبطال إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة ، وهى الغلط والتدليس والإكراه ، وذلك وفقاً للأحكام المقررة فى هذا الشأن .

أما الاستغلال فأحكام الفوائد تغنى عنه فى عقد القرض ، إذ لا يجوز للمقرض أن يشترط فائدة تزيد على الحد الأقصى الذى يسمح به القانون، وهو ٧٪ :

الفرع الثانى

المحل والسبب فى عقد القرض

المبحث الأول

المحل فى عقد القرض

(فوائد القرض)

٢٨٤ — **الشىء المقترض والفوائد** : محل القرض فى الأصل هو الشىء المقترض ، وقد تشترط فوائد للقرض فيكون للعقد محل آخر هو هذه الفوائد المشترطة .

المطلب الأول

الشىء المقترض

٢٨٥ — **الشروط الواجب توافرها فى الشىء المقترض** : يجب أن يتوافر فى الشىء المقترض الشروط العامة التى يجب توافرها فى المحل . فيجب أن يكون الشىء موجوداً ، معيناً أو قابلا للتعيين ، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . ولما كان الشىء المقرض فى الكثرة الغالبة من

الأحوال نقوداً ، فإن هذه الشروط تكون متوافرة ما دام قد حدد مقدار المبلغ المقترض . ولكن قد يقع أن يكون الشيء المقترض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال مثلا ، فعند ذلك يجب أن تكون كمية الغلال المقترضة موجودة عند القرض فلو كانت قد احترقت قبل القرض انعدم المحل ولا ينعقد القرض . كذلك يجب أن يكون مقدارها معلوماً ، حتى يمكن أن يرد مثلها عند نهاية القرض . وإذا كان الشيء المقترض شيئاً محرماً ، كالحشيش والمخدرات ، فإن المحل يكون مخالفاً النظام العام ويكون القرض باطلا .

ويجب ، إلى جانب هذه الشروط العامة ، أن يكون الشيء المقترض من المثليات وقد صرحت المادة ٥٣٨ مدنى سالفة الذكر بهذا الشرط ، إذ تقول كما رأينا : « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر » على أن طبيعة عقد القرض تقتضى أن يكون الشيء المقترض مثلياً ، إذ المقترض يتملكه على أن يرد مثله ، ولا يمكن رد المثل إلا فى المثليات .

وأكثر ما يكون الشيء المقترض نقوداً كما قدمنا . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الشيء غير نقود ما دام من المثليات . فيمكن اقتراض الغلال والحبوب والقطن والزيت وغير ذلك من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة متى كانت معينة النوع والمقدار أو قابلة للتعيين[1] .

والغالب أن يكون الشيء المثلى المقترض قابلا للاستهلاك ، سواء كان

(١) فلا يمكن إذن أن يقع القرض إلا على منقولات مادية ، لا على العقارات لأنها فى الغالب أموال قيمية ، ولا على المنقولات المعنوية — فيما عدا السندات لحاملها — لأنها دائماً أموال قيمية .

ذلك مادياً كالمأكولات والمشروبات أو كان مدنياً كالنقود . فالمقترض يستهلكه ويرد مثله . ولكن قد يقع أن يكون هذا الشيء غير قابل للاستهلاك[1] ، وقد رأينا أنه يجوز أن يقترض صاحب مكتبة من صاحب مكتبة أخرى نسخة من كتاب ليبيعها إلى عميل ، على أن يرد مثلها إلى المقرض[2] . ولكن نسخة الكتاب هنا قد أعدت للاستهلاك ، فأصبحت قابلة للاستهلاك لا بالنسبة إلى طبيعتها بل بالنسبة إلى الغرض الذى أعدت له[3] .

٢٨٦ — **إقراض مال الغير :** ولما كان المقرض يلتزم بنقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض ، فإنه يجب أن يكون مالكا لهذا الشيء حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . ولكن لما كان نقل ملكية الشيء المقترض هو التزام فى عقد القرض ، لذلك نرى أن إقراض ملك الغير يكون صحيحاً ، ولكنه قابل للفسخ بناء على طلب المقترض ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . ذلك أنه لم يرد فى عقد القرض نص مماثل للنص الوارد فى عقد البيع (م ٤٦٦ مدنى) والنص الوارد فى عقد الهبة (م ٤٩١ مدنى) ليقضى بأن إقراض ملك الغير يكون قابلا للإبطال . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن عقد القرض — وهو عقد ملزم للجانبين — يكون

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٤ ص ١٤١ وهامش رقم ٢ — وقد نصت المادة ٧٥٧ من التقنين اللبنانى على أنه « يجوز أن يعقد قرض الاستهلاك على جميع الأشياء المنقولة من المثليات ، سواء أكانت تستهلك بالاستعمال الأول أم لا » . ثم نصت المادة ٧٥٨ من نفس التقنين على أنه « إذا استلم المقترض أسناد دخل أو أوراقاً مالية أخرى أو بضائع بدلا من النقود المتفق عليها ، فإن قيمة القرض تحسب بناء على سعر الأسناد أو ثمن البضائع فى الزمان والمكان اللذين جرى فيهما التسليم ، ويكون باطلا كل نص مخالف » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) ويخلص من ذلك أن الشيء المقترض يجب أن يكون مثلياً ، وأن يكون فى الوقت ذاته قابلا للاستهلاك بالنسبة إلى غرض المتعاقدين (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٩٩ — جوسران ٢ فقرة ١٣٤٨) .

قابلا للفسخ بناء على طلب المقترض إذا لم يف المقرض بالتزامه من نقل ملكية الشيء المقترض[1] .

فإذا أقرض شخص آخر كمية من الغلال ولم يكن يملكها ، فإن القرض يقع صحيحاً ، ولكن المقترض يعجز عن نقل ملكية الغلال إلى المقترض حتى لو تسلمها هذا . فتبقى الغلال فى يد المقترض غير مملوكة له ، ويجوز للمالك الحقيقى أن يستردها منه[2] . وسواء استردها المالك الحقيقى أو لم يستردها ، فإن المقترض يستطيع أن يطلب فسخ القرض لعجز المقرض عن الوفاء بالتزامه ، وأن يطالب المقرض بالتعويض فى الحدود التى يجب فيها على المقرض ضمان الاستحقاق وسيجىء بيان ذلك.

على أنه إذا كان المقترض حسن النية ، أى كان يعتقد وقت تسلم الغلال أن المقرض يملكها ، فإن المقترض يتملك الغلال بالحيازة (م ١/٩٧٦ مدنى) : ويعتبر القرض الصادر من غير مالك فى هذه الحالة سبباً صحيحاً . فإذا كانت الغلال مسروقة من صاحبها أو مفقودة ، فإن المقترض لا يتملكها بالرغم من حسن نيته ، وللمالك الحقيقى أن يستردها منه خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (م ١/٩٧٧ مدنى) .

فإذا تملك المقترض حسن النية الشيء المقترض بالحيازة على النحو الذى أسلفناه ، فإنه لا يتملكه بعقد القرض بل بالحيازة كما سبق القول . ويتملكه من المالك الحقيقى لا من المقترض ، ومن ثم يرجع عليه المالك الحقيقى بما أثرى به على حسابه طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، لأن المقترض لم يحز الشيء

---

(١) انظر عكس ذلك وفى أن إقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلا للإبطال : بودرى وفال ٢٣ فقرة ٧٢٦ ومابعدها – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٢٩٦ مكررة – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩٥ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢١٩ .

المقترض إلا ملتزماً برد مثله . فإذا كان المقترض قد استهلك الشيء المقترض ، رجع عليه المالك الحقيقي – لا المقرض – بقيمة ما استهلكه عند نهاية القرض ، ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مسئولا طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية[1] .

وغنى عن البيان أن ما تقدم من إقراض ملك الغير محدود الأهمية من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الشيء المقترض يكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال نقوداً ، وهذه لا تتعين بالتعيين : فيتعذر أن يقال إن المقرض لا يملك النقود التى يقرضها .

المطلب الثانى

فوائد القرض

٢٨٧ – لا تجب الفوائد إلا إذا اشترطت : قدمنا أن القرض فى الأصل عقد تبرع ، فلا تجب فوائد على المقترض ، حتى لو كان القرض تجارياً ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض[2] . وتقول المادة ٥٤٢ مدنى صراحة فى هذا المعنى : « ... فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ prêt فقرة ٢٢٦ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩٥ ص ١٩٤ – وانظر عكس ذلك بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٧٣٠ – جيوار فقرة ٧٦ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٢٩٦ مكررة .

(٢) وإذا ذكر المتعاقدان أن القرض يكون دون فوائد مدة حياة المقترض أو إلى نهاية القرض ، فإن ذلك لا يكفى لاستخلاص اتفاق ضمنى على أن الفوائد تسرى عند وفاة المقترض أو عند نهاية القرض (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٥٠ ص ٤٨٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٦ ص ١٤٦) .

على أنه إذا لم يتفق الطرفان على فوائد للقرض ، فإن ذلك لا يمنع من أنه إذا حل ميعاد رد القرض وتأخر المقترض فى الرد ، استحقت عليه فوائد تأخيرية بالسعر القانونى — ٤٪ فى القروض المدنية و ٥٪ فى القروض التجارية — وفقاً للقواعد المقررة فى الفوائد التأخيرية ، فتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، دون حاجة إلى أن يثبت المقرض ضرراً لحقه من التأخير (م ٢٢٦ و م ٢٢٨ مدنى) . وقد سبق أن بينا شروط استحقاق الفوائد التأخيرية عند الكلام فى نظرية الالتزام[1] ، فنحيل هنا على ما أوردناه هناك .

وبالرغم من أن القرض فى الأصل عقد تبرع وأن الفوائد لا تجب إلا إذا اتفق عليها الطرفان ، فإن الغالب فى العمل أن يشترط المقرض على المقترض دفع فوائد بسعر معين . ويثبت هذا الشرط وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . ففى القروض التجارية ، وكذلك فى القروض المدنية إذا لم يزد مجموع الفوائد على عشرة جنيهات ، يجوز الإثبات بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، وفى غير ذلك تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها[2] .

٢٨٨ — *صور مختلفة لاشتراط الفوائد* : والصورة المألوفة لاشتراط الفوائد أن يرد فى عقد القرض شرط يلزم المقترض بدفع فوائد سنوية .

على أنه يجوز أن يتخذ هذا الشرط صوراً أخرى . من ذلك أن يشترط المقرض على المقترض أن يرد فى نهاية القرض مبلغاً يزيد على المبلغ المقترض . فالزيادة (prime de remboursement) هى فوائد القرض تدفع مرة واحدة مع مبلغ القرض عند الرد ، ويجب أن تخضع هذه

---

(١) انظر الوسيط للمؤلف ٢ فقرة ٥٠٦ وما بعدها .

(٢) انظر فى إثبات اشتراط الفائدة بالقرائن : استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧م ص ١١٧ .

الزيادة للقيود المفروضة على الفوائد فلا يجوز أن تزيد على الحد الأقصى المسموح به . وإذا عجل المقترض الرد قبل الميعاد ، لم يجب عليه من هذه الزيادة إلا ما يتناسب مع الوقت السابق على الرد . فإذا كان القرض ألفاً مثلا ، واشترط المقرض أن يردها المقترض بعد سنتين ألفاً ومائتين ، وعجل المقترض الرد بعد سنة واحدة ، وجب أولا إنقاص المائتين وهى الزيادة إلى مائة وأربعين حتى تنزل إلى الحد الأقصى المسموح به للفوائد الاتفاقية (٧ ٪) ، ثم وجب بعد ذلك إنقاص المائة والأربعين إلى النصف لأن المقترض رد القرض بعد سنة لا سنتين . ومن ثم يرد المقترض الألف التى اقترضها ومعها سبعون هى الفوائد .

ويقع كثيراً فى القروض طويلة أن يشترط المقرض على المقترض أن يرد القرض أقساطاً سنوية متساوية ، القسط الأول يتضمن فوائد مبلغ القرض كله مع جزء بسيط من رأس المال ، والقسط الثانى يتضمن فوائد ما بقى من مبلغ القرض مع جزء أكبر من رأس المال تعادل الزيادة فيه ما نقص من الفوائد ، وتتدرج الأقساط متضمنة فوائد أقل ورأس مال أكبر ، إلى أن يصير القسط الأخير متضمناً ما بقى من رأس المال مع فوائد قليلة هى فوائد هذا الباقى . وهذه الصورة المألوفة فى القروض طويلة الأجل من شأنها أن تيسر على المقترض استهلاك رأس المال مع دفع الفوائد فى وقت معاً ، عن طريق أقساط سنوية متساوية ، وأن تنقص من الفوائد بقدر ما يستهلك المقترض من رأس المال . وإذا عجل المقترض رد القرض ، وجب أن يخصم من الفوائد ما يتناسب مع هذا التعجيل على النحو الذى رأيناه فيما تقدم[1] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٥٢ — ولا يجوز أن تزيد الفوائد ومايضاف إليها من عمولة ومصروفات إدارة على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى : استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٨١ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩١ . ويجب التمييز فى كل —

٢٨٩ — سعر الفائدة — إحالة : فإذا اشترط المقرض على المقترض دفع فوائد ، فيغلب أن يقدر سعرها . ولا يجوز له فى تقدير هذا السعر أن يجاوز الحد الأقصى المسموح به وهو ٧ ٪ . وتسرى القواعد المقررة فى هذا الشأن ، وقد سبق أن بسطناها فى النظرية العامة للالتزام ، فبينا سعر الفوائد التعويضية ، وجزاء مجاوزة سعر الفائدة ، ومتى يجوز النزول عن هذه الحدود المقررة ومتى تجوز الزيادة عليها ، وعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وعدم جواز زيادة الفوائد فى مجموعها على رأس المال ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع[1] .

وقد يقع أن يشترط المقرض على المقترض دفع فوائد دون أن يقدر سعرها . ففى هذه الحالة يجب على المقترض أن يدفع فوائد بالسعر القانونى ، فتكون هذه الفوائد ٤ ٪ فى القروض المدنية و ٥ ٪ فى القروض التجارية[2] . وتعتبر القروض تجارية حتى لو كانت تجارية من جانب المقترض وحده بأن خصص القرض لعمل تجارى ، أو كانت تجارية من جانب المقرض وحده بأن كان هذا المقرض هو أحد المصارف مثلا[3] .

= قسط بين الجزء الخاص برأس المال والجزء الخاص بالفوائد وإعطاء كل حكمه : استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٥ .

(١) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الثانى فقرة ٥١٣ — فقرة ٥٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٦٧ لبنانى على أنه « إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية . وفى المواد المدنية يجب أن يعين خطا معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً عن الفائدة القانونية ، وإذا لم يعين خطا فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانونى » . وتنص المادة ٧٦٨ لبنانى على أنه « يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفى كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة » .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٥٦ — وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١١٢ .

المبحث الثانى

السبب فى عقد القرض

٢٩٠ — السبب فى عقد القرض هو الباعث الدافع إلى التعاقد : وقد بينا عند الكلام فى نظرية السبب[١] أن السبب ، بحسب النظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب فى عقد القرض — وهو عقد عينى بحسب هذه النظرية — هو التسليم . ولكن يرد على ذلك بأن التسليم — وهو ركن مستقل فى عقد القرض العينى — إذا انعدم لم ينعقد القرض ، لا لانعدام ركن السبب بل لانعدام ركن التسليم . على أن هذه النظرية التقليدية ، بعد أن أصبح عقد القرض عقداً ملزماً للجانبين فى التقنين المدنى الجديد ، تجعل سبب التزام المقترض برد مبلغ القرض هو التزام المقرض بنقل ملكيته ، شأن القرض فى ذلك شأن كل عقد ملزم للجانبين التزام كل من المتعاقدين فيه هو السبب فى التزام الآخر . وقد بينا كيف يجب استبعاد النظرية التقليدية فى السبب[٢] ، وكيف يجب الأخذ بالنظرية الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد[٣] كما سبق القول .

٢٩١ — تطبيقات النظرية الحديثة للسبب فى عقد القرض : ومن تطبيقات النظرية الحديثة للسبب فى القضاء الفرنسى ماسبق أن أوردناه[٤] من أن

(١) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٤٢ وما بعدها .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٧٧ وما بعدها .

(٣) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٢ وما بعدها .

(٤) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٤ ص ٤٦ .

هذا القضاء يبطل قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه فى المقامرة أو لم يكن[١] . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة[٢] ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له[٣] .

وقد كان القضاء المصرى يجنح فى بعض أحكامه إلى الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب فى عقد القرض . فقد قضت محكمة النقض بأن السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقترض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد[٤] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم قديم لها بأن القرض لا يكون باطلا حتى لو كان المقترض قصد استعمال المبلغ المقترض فى إدارة عين للعهارة ، وحتى لو كان المقرض عالماً بذلك[٥] . ولكن القضاء المصرى ، كما سبق أن بينا[٦] ، هجر بعد ذلك النظرية التقليدية وأخذ بالنظرية الحديثة ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض

---

(١) نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ — ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ — ١ — ٢٦ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ — ١ — ٥٢٢ .

(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٨٩ .

(٣) نقض فرنسى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ — وانظر فى القضاء الفرنسى بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٤٠ .

(٤) نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ .

(٥) استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٦) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٩١ ص ٤٧٦ — ص ٤٧٧ .

عالماً بهذا القصد[1] . لكن إذا ثبت أن المقترض لم يستعمل القرض فعلا فى المقامرة ، فإن الدليل على الغرض غير المشروع لا يقوم ، ويكون عقد القرض صحيحاً[2] .

وإذا كان القضاء المصرى قد أخذ فى بعض أحكامه بالنظرية التقليدية للسبب فى عهد التقنين المدنى السابق ، فإنه بعد صدور التقنين المدنى الجديد — وقد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب على ما بيناه عند الكلام فى نظرية السبب[3] — لم يعد هناك محل للأخذ بهذه النظرية ، وأصبح من المتعين الأخذ بالنظرية الحديثة فى عقد القرض وفى غيره من العقود . فيجب إذن الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد فى عقد القرض ، وجعله هو السبب ما دام المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث أو ينبغى أن يعلم به .

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .

(٣) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٩ .

الفصل الثانى

آثار القرض

٢٩٢ – التزامات المقرض والتزامات المقترض : قدمنا أن القرض عقد ملزم للجانبين ، فهو ينشىء التزامات فى جانب المقرض والتزامات مقابلة فى جانب المقترض .

الفرع الأول

التزامات المقرض

٢٩٣ – التزامات المقرض تساير التزامات البائع : المقرض كالبائع يلتزم بنقل ملكية الشىء المقترض إلى المقترض ، ومن هنا كان القرض عقداً وارداً على الملكية . وهو كالبائع أيضاً يلتزم بتسليم الشىء المقترض ، وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

ولما كان الشىء المقترض هو فى الغالب مبلغ من النقود كما قدمنا ، فإنه بمجرد أن يتم عقد القرض بالتراضى ، يلتزم المقرض بنقل ملكية هذا المبلغ إلى المقترض ، فإذا سلمه إياه لم تعد هناك أهمية عملية لالتزامه بضمان الاستحقاق لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، ولا لالتزامه بضمان العيوب الخفية إلا إذا كانت النقود التى سلمها إياه نقوداً زائفة وهذا نادر فى العمل . ومن ثم تكون التزامات المقرض محدودة الأهمية من الناحية العملية ، فنوجز فيها القول فيما يلى .

المبحث الأول

الالتزام بنقل الملكية

٢٩٤ — الالتزام بنقل الملكية إذا كان الشيء المقترض نقودا : كان المشروع التمهيدى (م ٧٢٣) للتقنين المدنى الجديد ينص صراحة على التزام المقرض بنقل ملكية الشيء الذى أقرضه ، فكان يقول : « يجب على المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية الشيء الذى أقرضه » . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بما جاء فى المادة ٥٣٨ مدنى من أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر[١] » .

فإذا كان الشيء المقترض نقوداً وهو الغالب ، التزم المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية هذا المبلغ من النقود . فيكون الالتزام هنا هو التزام بنقل ملكية وارد على نقود ، ومن ثم يصبح المقترض بمجرد تمام القرض دائناً للمقرض بهذا المبلغ . فيستطيع المقترض إذن أن يطالب المقرض بهذا الدين ، شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر[٢] . ويجوز له أن يجبر المقرض على الوفاء بالتزامه ، ولو عن طريق الحجز على ماله . وقد كان يستطيع ذلك أيضاً عندما كان القرض عقداً عينياً ، ولكن لا بمقتضى عقد القرض الذى كان لا يتم إلا بتسليم النقود إلى المقترض ، بل بمقتضى الوعد بالقرض فهو عقد ملزم للمقرض بمجرد التراضى كما قدمنا[٣] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١١ — ص ٤١٤ — وانظر مايلى فقرة ٧٦٩ فى الهامش .

(٢) ولا يتقدم على أى دائن إلا إذا وجد سبب قانونى للتقدم ، ولا يستطيع المقرض أن يسترد المبلغ الذى أقرضه إذ أن ملكيته قد انتقلت للمدين (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

فكان المقرض يجبر على تنفيذ وعده ، وهو إتمام القرض ، بتسليم الشيء المقترض إلى المقترض .

٢٩٥ — الالتزام بنقل الملكية إذا كان الشيء المقترض شيئاً مثليا غير النقود : وقد يقع القرض — وهذا نادر — على أشياء مثلية أخرى غير النقود كما سبق القول . فإذا أقرض شخص آخر كمية معينة من الغلال مثلا ، فإنه يلتزم بنقل ملكية هذه الكمية إلى المقترض . وتسرى القواعد العامة فى هذا الالتزام بنقل الملكية . وهى تقضى بأنه لما كان المحل هنا شيئاً غير معين بالذات ، فلا تنتقل الملكية إلا بإفراز هذا الشيء (م ٢٠٥/١ مدنى) . فاذا كان المقرض قد أفرز كمية الغلال وكان يملكها ، انتقلت ملكيتها بمجرد الإفراز إلى المقترض ، ولو قبل التسليم[1] . أما إذا كان المقرض لم يفرز كمية الغلال ، فانه يكون مديناً بهذه الكمية للمقترض ، ويجب عليه إفرازها لتسليمها إياه .

ويجوز للمقترض أن يجبر المقرض على تنفيذ التزامه عيناً ، كما يجوز له أن يحصل من السوق على كمية مماثلة لكمية الغلال المقترضة ، ومن نفس النوع والجودة ، وذلك على نفقة المقرض . وتقول المادة ٢٠٥ / ٢ مدنى فى هذا الصدد : « فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذان فى حالة الاستعجال » .

---

(١) انظر فى حالة ما إذا كان المقرض لا يملك كمية الغلال إلى ما سبق أن قدمناه فى إقراض ملك الغير آنفاً فقرة ٢٨٦ .

المبحث الثانى

الالتزام بالتسليم

٢٩٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجب على المقرض أن يسلم الشىء موضوع العقد إلى المقترض ، ولا يجوز له أن يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض » .

« ٢ — وإذا هلك الشىء قبل تسليمه إلى المقترض كان الهلاك على المقرض »[١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٧٣ / ٥٧٦[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٠٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٣٨ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٨٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٥٩[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فى الفقرة الأولى العبارة الآتية : « يجب على المقرض أن ينقل إلى المقترض حق ملكية الشىء الذى أقرضه » . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بما جاء فى المادة ٥٣٨ مدنى . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١١ — ص ٤١٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٧٣/٥٧٦ : فى عارية الاستهلاك يكون ضمان العين المستعارة على المستعير بمجرد انتقال الملكية إليه . (وكان القرض عقداً عينياً فى التقنين المدنى السابق ، ومن ثم كان لا يتم القرض إلا إذا تسلم المقترض الشىء ، فإذا هلك تحمل المقترض تبعة الهلاك . أما فى التقنين الجديد فالقرض يتم قبل التسليم ومن ثم جاز أن يهلك الشىء على المقرض قبل التسليم) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٧ (مطابق) .

—

٢٩٧ - تسليم الشيء المقترض : والتزام المقرض بتسليم الشيء المقترض تسرى عليه القواعد العامة ، وبخاصة القواعد المقررة فى التزام البائع بتسليم الشيء المبيع . فالالتزام بالتسليم هنا ، كما فى البيع ، فرع عن التزام المقرض بنقل ملكية الشيء المقترض . ومحل التسليم هو المبلغ المقترض أو الأشياء المثلية المقترضة ، بالمقدار والنوع والصفة المعينة فى عقد القرض . ويتم التسليم بوضع الشيء المقترض تحت تصرف المقترض فى الزمان والمكان المعينين . ويتبع فى طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد فى تسليم البائع المبيع للمشترى . وإذا أخل المقرض بالتزامه بالتسليم ، جاز للمقترض أن يطالب بالتنفيذ عيناً على الوجه الذى قدمناه . وله أن يطالب بفوائد التأخر طبقاً للقواعد المقررة ، فيتقاضى الفوائد بالسعر القانونى من يوم المطالبة بهذه الفوائد[1] . وجاز له أيضاً

- التقنين المدنى الليبى م ٥٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٨٦ : ١ - يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ، ويثبت فى ذمته مثلها . ٢ - فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض ، فلا ضمان على المستقرض .

(والتقنين العراقى يجعل القرض عقداً عينياً كما قدمنا ، فلا يتم إلا بالتسليم ويصبح المقترض مالكاً للشيء المقترض بتسلمه وتكون تبعة الهلاك عليه . أما قبل التسليم فلا التزام على المقرض لأن العقد لم يتم ، وإذا هلك الشيء هلك على المقرض - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٥٩ : الأشياء المقرضة تصبح ملكاً للمقرض ، وتكون مخاطرها عليه .

(والتقنين اللبنانى كالتقنين العراقى يجعل القرض عقداً عينياً . وما قلناه فى التقنين العراقى يسرى هنا) .

(١) بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٧٤١ .

فسخ القرض ، وقد تكون له مصلحة فى ذلك إذا كان القرض بفائدة وأصبح فى غنى عنه[1] .

وقد يعسر المقترض بعد القرض وقبل التسليم ، فعند ذلك لا يلتزم المقرض بتسليم الشىء المقترض . ويرجع ذلك إلى أن أجل القرض يسقط بإعسار المقترض ، فإذا تسلم مبلغ القرض وجب عليه رده فى الحال . فلا جدوى إذن من أن يسلم المقرض مبلغ القرض إلى المقترض ثم يسترده منه فوراً ، ومن ثم يسقط التزامه بالتسليم عن طريق فسخ العقد[2] .

وكذلك إذا التزم المقترض بتقديم كفالة أو رهن لضمان القرض ، جاز للمقترض أن يمتنع عن تسليم الشىء المقترض حتى يقدم المقترض الضمان الموعود ، وذلك تطبيقاً لقواعد الحبس[3] .

---

(١) وإذا كان المقترض شركة أصدرت سندات ، فلها أن تشترط على من يكتتب فى السندات ويتأخر فى دفع ما اكتتب به أن تبيع السندات التى اكتتب فيها فى البورصة ، ويكون المكتتب ملزماً بالخسارة إذا بيعت السندات بثمن أقل (بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٧٤٣) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا ظهر إعسار المقترض قبل تسليمه الشىء ، جاز للمقرض أن يفسخ العقد وأن يمتنع عن التسليم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥) . وقد كان المشروع التمهيدى فى المادة ٧٣٢ منه يجرى على الوجه الآتى : « يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل إذا أعسر المقترض بعد القرض ، أو كان معسراً قبل ذلك ، لكن المقترض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد » . فحذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٤ – ص ٤٢٥ فى الهامش) .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٤٤ – هذا وقد كان المشروع التمهيدى فى المادة ٧٣٠ منه يجرى على الوجه الآتى : « يسقط حق المقترض فى المطالبة بتسليم الشىء الذى اقترضه ، وحق المقرض فى إلزام المقترض بتسلم ذلك الشىء ، بمضى ستة أشهر من اليوم المعين للتسليم . وقد كان المقصود بهذا النص أن يسقط القرض الذى لم ينفذ فى خلال ستة أشهر من اليوم المعين للتسليم ، لأن انصراف المتعاقدين عن تنفيذ القرض طول هذه المدة يؤخذ دليلا على عدولهما عنه ، فإذا عادا إليه كان هذا عقداً جديداً (المذكرة الإيضاحية للمشروع =

٢٩٨ – تبعة هلاك الشيء المقترض : وإذا كان الشيء المقترض مبلغاً من النقود ، فإن المقرض يصبح مديناً به ويلزم بوفائه كما قدمنا . ولا يتصور في هذه الحالة أن يهلك الشيء قبل التسليم ، لأن النقود لا تتعين بالتعيين .

أما إذا كان الشيء المقترض أشياء مثلية أخرى غير النقود ، وتعينت بالإفراز فانتقلت ملكيتها إلى المقرض على الوجه الذي أسلفناه ، فعند ذلك يمكن أن نتصور هذه المثليات المفرزة تهلك . فإذا هلكت بعد التسليم ، كان هلاكها بداهة على المقترض[1] . أما إذا هلكت قبل التسليم بسبب أجنبي ، فإنها تهلك على المقرض ، وذلك أنه يتعذر عليه تنفيذ التزامه من تسليم الشيء إلى المقترض ، فينفسخ القرض وفقاً للقواعد العامة ، ويسترد المقرض ملكية الشيء المقترض بعد الفسخ ، فيهلك الشيء عليه . وهذا ما رأيناه في عقد البيع ، حيث يهلك المبيع قبل التسليم على البائع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، حيث تقول الفقرة الثانية من المادة ٥٣٩ مدني كما رأينا : « وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقترض ، كان الهلاك على المقرض » .

٢٩٩ – التزام المقرض بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض : وقد ورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني ما يجعل المقرض ملتزماً بألاّ يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . وهذا الالتزام السلبي هام ، وقد أحسن التقنين المدني الجديد صنعاً في إبرازه . فهو التزام في

= التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٢٥) . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لغرابة حكمه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢١ – ص ٤٢٢ في الهامش) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ .

ذمة المقرض دائماً ، سواء كان القرض عقداً عينياً كما كان فى التقنين السابق ، أو عقداً رضائياً كما أصبح فى التقنين الجديد . وقيام هذا الالتزام فى ذمة المقرض حتى لما كان القرض عقداً عينياً يجعل القرض عقداً ملزماً للجانبين بالرغم من عينيته ، فهو دائماً عقد ملزم للجانبين سواء كان رضائياً أو عينياً كما سبق القول[1] .

وإيراد هذا الالتزام السلبي فى جانب المقرض يفسر فى وضوح كيف يجرى فسخ القرض إذا أخل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد المشترطة ، فإن هذا الالتزام السلبي هو الذى يقابل التزام المقترض بدفع الفوائد ، فإذا أخل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد جاز للمقرض أن يطلب فسخ القرض فيتحلل من التزامه بعدم المطالبة بالرد قبل انتهاء القرض ، ومن ثم يسترد القرض بمجرد الفسخ وقبل نهاية العقد[2] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٧ – وانظر انسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ prêt فقرة ١٧٩ – وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٠٢ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ثم هو يلتزم التزاماً سلبياً بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . ويحسن إيراد هذا الالتزام السلبى ، فهو الذى يبين كيف يكون الفسخ فى عقد القرض . فإن المقرض إذا أعسر المقترض أو أخل بالتزامه ، يفسخ العقد فيتحلل من هذا الالتزام السلبى ، ويستطيع إذن أن يطلب رد المثل قبل انتهاء القرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥) – قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٠٠ (وما قاله فى هذا الصدد يصدق فيما إذا أعسر المقترض ، فإن الأجل يسقط ولا نكون هنا فى حاجة إلى تصور التزام سلبى فى جانب المقترض . أما إذا لم يدفع المقترض الفوائد المشترطة فى آجالها ، فجزاء هذا الإخلال هو أن يطلب المقرض فسخ القرض حتى يتحلل من هذا الالتزام السلبى ، والقول بسقوط الأجل هنا لا يستقيم) .

المبحث الثالث

ضمان الاستحقاق

٣٠٠ — التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر — نص قانوني :
تنص المادة ٥٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا استحق الشيء ، فإن كان القرض بأجر سرت أحكام البيع ، وإلا فأحكام العارية »(١) .

وقد قدمنا أن الشيء المقترض إذا كان نقوداً ، كما هو الغالب فى عقد القرض ، فإنه لا يتصور استحقاقه لأن النقود لا تتعين بالتعيين(١) ؛ فيبقى إذن أن يكون الشيء المقترض مثليات أخرى من غير النقود ، وقد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٣ — ص ٤١٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٨٨ (موافق — وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٧٦٠ : المقرض مسئول عن العيوب الخفية فى الأشياء المقرضة وعن نزع ملكيتها بدعوى الاستحقاق ، وذلك وفاقاً للقواعد الموضوعة فى باب البيع . (ولم يميز التقنين اللبنانى بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، بل جعل أحكام البيع تسرى فى الحالتين) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٣ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ — ٤١٦ .

أفرزت حتى تتعين ، فهذه إذا استحقت وجب التمييز بين ما إذا كان القرض بأجر أو كان بغير أجر .

٣٠١ — ضمان الاستحقاق فى القرض بأجر : تقول المادة ٥٤٠ مدنى ، كما رأينا ، إذا كان القرض بأجر[1] فإن أحكام البيع هى التى تسرى . ومن ثم إذا كان الاستحقاق كلياً ، كان للمقترض أن يطلب من المقرض قيمة الشيء وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، وقيمة الثمار التى ألزم المقترض بردها للمستحق ، والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المقترض أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المقرض سىء النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المقترض يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المقرض بدعوى الاستحقاق ، وبوجه عام تعويض المقترض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق الشيء المقترض (م ٤٤٣ مدنى) .

أما إذا استحق بعض الشيء المقترض ، وكانت خسارة المقترض من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد للمقرض ما بقى فى يده من الشيء المقترض وما أفاده منه . وأن يطلب منه التعويضات التى أسلفنا ذكرها فى الاستحقاق الكلى . فإذا اختار المقترض استيفاء ما بقى من الشيء المقترض ، أو كانت الخسارة التى لحقته من الاستحقاق الجزئى لم تبلغ قدراً لو علمه لما أتم العقد ، لم يكن له إلا أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (م ٤٤٤ مدنى) .

وقد بسطنا القول فى كل ذلك عند الكلام فى استحقاق المبيع فى عقد البيع .

---

(١) أى بمقابل قد يكون نقوداً وقد يكون مقداراً زائداً من نفس الشيء المقترض .

٣٠٢ — ضمان الاستحقاق فى القرض بغير أجر : أما إذا كان القرض بغير أجر فإن المادة ٥٤٠ مدنى سالفة الذكر تقول إن أحكام العارية هى التى تسرى . وقد وردت أحكام الاستحقاق فى العارية فى الفقرة الأولى من المادة ٦٣٨ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « لا ضمان على المعير فى استحقاق الشىء المعار ، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان ، أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق » .

فالمقرض إذن لا يضمن استحقاق الشىء المقترض إذا كان القرض بغير أجر إلا فى حالتين : (١) إذا اشترط عليه المقترض الضمان . (٢) إذا لم يكن الضمان مشروطاً ولكن المقرض كان يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه . ففى هاتين الحالتين يرجع المقترض على المقرض بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الكلى أو الجزئى للشىء المقترض . وهذه هى القواعد العامة فى الاستحقاق فى عقود التبرع ، ومنها الهبة (م ٤٩٤ مدنى) ، والعارية (م ٦٣٨ / ١ مدنى) ، والقرض بغير أجر (م ٥٤٠ مدنى) .

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

٣٠٣ — التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر — نص قانونى : تنص المادة ٥٤١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا ظهر فى الشىء عيب خفى وكان القرض بغير أجر واختار المقترض استبقاء الشىء ، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشىء معيباً » .

٢ — « أما إذا كان القرض بأجر ، أو كان بغير أجر ولكن المقرض

قد تعمد إخفاء العيب ، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب ، وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب »[١] .

ويؤخذ من هذا النص أنه لضمان العيب الخفي يجب التمييز بين ما إذا كان القرض بأجر أو بغير أجر . ويلاحظ أنه إذا كان لا يتصور في النقود أن تستحق[٢] ، فإنه يتصور أن يلحقها العيب الخفي كما لو كان النقد زائفاً[٣] .

٣٠٤ — ضمان العيب الخفي في القرض بأجر : تقدم بيان شروط العيب الخفي عند الكلام في البيع . فإذا تبين المقترض عيباً خفياً توافرت فيه شروطه ، جاز له أن يطلب من المقرض تعويضه عن الضرر الذي

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا ظهر في الشيء عيب خفي ، فلا يلتزم المقترض أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ — ص ٤١٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٨٧ (موافق — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦٠ : المقرض مسئول عن العيوب الخفية في الأشياء المقرضة . . وذلك وفاقاً للقواعد الموضوعة في باب البيع . (ولم يميز التقنين اللبناني بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، بل جعل أحكام البيع تسري في الحالتين) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٦ .

حل به بسبب العيب . ويكون ذلك بأحد أمرين : (أولا) إما بإصلاح العيب إذا كان ذلك ممكناً ، كما لو كان الشيء المقترض غلالا خالطه تراب لا يظهر إلا بالفحص ويزيد على القدر المألوف فعند ذلك يلتزم المقرض بتنقية الغلال من التراب وتعويض كمية التراب بمقدارها من الغلال النظيفة . (ثانياً) فإذا كان إصلاح العيب غير ممكن ، كما إذا كان الشيء المقترض نقوداً وتبين أنها زائفة ، أجبر المقرض على إعطاء المقترض نقوداً أخرى مكانها غير زائفة .

ويستوى فيما قدمناه أن يكون المقترض عالماً بالعيب أو غير عالم به ، وإذا كان عالماً به يستوى أن يكون قد تعمد إخفاءه أو لم يتعمد .

٣٠٥ — ضمان العيب الخفى فى القرض بغير أجر : فإذا كان القرض بغير أجر وظهر فى الشيء المقترض عيب خفى ، لم يكن للمقترض — والقرض بغير أجر — إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب . ولكن له أن يختار أحد أمرين : (١) إما رد الشيء المعيب فوراً إلى المقترض ، فينتهى القرض بذلك . (٢) وإما استبقاء الشيء المعيب إلى نهاية القرض ، على ألاّ يرد إلى المقرض إلا قيمة هذا الشيء معيباً .

وإنما يكون له إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب فى حالتين : (١) إذا كان المقرض يعلم بالعيب وقد تعمد إخفاءه . (٢) إذا كان المقرض لا يعلم بالعيب ولكن المقترض اشترط عليه الضمان ، ففى هذه الحالة يسرى الشرط الذى ارتضاه المقرض بالقدر الذى يحدده هذا الشرط .

الفرع الثانى

التزامات المقترض

٣٠٦ — ما يترتب فى ذمة المقترض من التزامات : يلتزم المقترض بأن يتحمل مصروفات القرض ، وبأن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، وبأن يرد المثل عند نهاية القرض .

والالتزامان الأخيران — دفع الفوائد ورد المثل — هما اللذان نقف عندهما . أما مصروفات القرض ، كرسوم الدمغة ومصروفات تحرير العقد وأتعاب المحامى والسمسرة ومصروفات الرهن الذى يضمن القرض ومصروفات تسلم القرض ورده[1] وغير ذلك ، فالأصل أن المقترض هو الذى يتحملها قياساً على مصروفات البيع (م ٤٦٢ مدنى)[2] ، ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين على غير ذلك ، كما إذا اتفق على أن تكون السمسرة مناصفة بينهما[3] .

---

(١) وتنص المادة ٧٦٥ لبنانى على ما يأتى : « إن نفقات الاستلام والرد على المقرض » .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى مصروفات الرهن م ٢/١٠٣١ مدنى .

(٣) وقد يلتزم المقترض بشرط خاص ألا يستعمل القرض إلا فى غرض معين ، كأن يسدد به ديوناً معينة أو أن يستغل مبلغ القرض على نحو معين فيشترى أرضاً أو داراً أو أسهماً أو غير ذلك . وتسرى القواعد العامة فى هذه الحالة ، فيجوز للمقرض أن يطلب فسخ القرض إذا أخل المقترض بالتزامه ولم يستعمل القرض فى الغرض المعين المتفق عليه (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٥ ص ١٤٥ وفقرة ٣٩٦ ص ١٤٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٤ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦ وص ٤٦٥ هامش رقم ٥ وفقرة ١١٤٧) . وإذا فسخ القرض ، فإن المقرض لا يسترد عين ما أقرض إذا كان قائماً ، فإن ملكيته قد انتقلت بالقرض إلى المقرض ، وإنما يصبح دائناً بمبلغ القرض أو بمثله للمقترض ، فيزاحمه دائنو المقترض حتى فى الشىء المقترض ذاته لو كان قائماً (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٧١٠) .

المبحث الأول

الالتزام بدفع الفوائد

٣٠٧ — النصوص القانونية: تنص المادة ٥٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٨١/٤٧٧[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١٠ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤١ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٢ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٦[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٥٧٠ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ — ص ٤٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٨١/٤٧٧ : عارية الاستهلاك تكون بلا مقابل إذا لم يوجد شرط بخلاف ذلك . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٢ : ١ — لا تجب الفائدة فى القرض إلا إذا شرطت فى العقد . ٢ — وإذا دفع المستقرض فائدة تزيد على السعر الجائز قانوناً ، كان له أن يسترد الزيادة سواء دفع عن علم أو عن غلط .

—

وقد قدمنا أن الأصل فى القرض أن يكون بغير فائدة ، فإذا أراد المقرض أن يتقاضى فوائد وجب عليه أن يشترط ذلك على المقترض . وأشرنا فيما تقدم إلى القيود التى ترد على اشتراط الفوائد وإلى الحد الأقصى لسعر الفائدة(١) . وبقى هنا أن نبين عن أية مدة تدفع الفوائد ، والمكان والزمان اللذين تدفع فيهما ، والجزاء الذى يترتب على عدم دفع الفوائد ، وجواز أن يسترد المقترض ما دفعه إلى المقرض من فوائد غير مستحقة .

٣٠٨ — **المدة التى تدفع عنها الفوائد** : إذا اشترط المقرض على المقترض أن يدفع فوائد على القرض بسعر معين ، فالأصل أن هذه الفوائد تستحق من اليوم الذى يتسلم فيه المقترض مبلغ القرض ، لا قبل ذلك(٢) . حتى لو انقضت مدة بين تمام القرض وتسلم المبلغ المقترض ، لم يجب على المقترض أن يدفع فوائد عن هذه المدة ، لأن الفوائد مقابل الانتفاع بمبلغ القرض ، والمقترض لا ينتفع بمبلغ القرض إلا من يوم تسلمه إياه(٣) .

— (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٦ : لا تجب الفائدة فى قرض الاستهلاك إلا إذا نص عليها . وإذا دفع المقترض من تلقاء نفسه فوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال .

(ولا يجيز التقنين اللبنانى استرداد ما دفع من الفوائد غير المستحقة ، خلافاً للتقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤ — وقارب استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ (قرض مضمون برهن ولم يدفع المبلغ وقت العقد) .

(٣) وهذا ما لم يكن عدم تسلم مبلغ القرض راجعاً إلى خطأ المدين (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١١) : أو كان راجعاً لتأخره فى التسلم مادام الدائن مستعداً للتسليم فى أى وقت (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٣ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٧) .

وينتهى سريان الفوائد فى اليوم الذى ينتهى فيه القرض . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود بسعر ٦ ٪ لمدة سنتين ، فعند نهاية السنتين ينتهى سريان الفوائد بهذا السعر . وإذا تأخر المقترض عن رد المبلغ بعد انقضاء السنتين ، وجبت عليه فوائد تأخير بالسعر القانونى – ٤ ٪ فى القروض المدنية و ٥ ٪ فى القروض التجارية – من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، وفقاً للقواعد المقررة فى فوائد التأخير . ولكن يغلب أن يشترط المقرض على المقترض سريان الفوائد بالسعر المتفق عليه – ٦ ٪ – إلى يوم رد المبلغ المقترض . فإذا تأخر المقترض فى هذه الحالة عن رد المبلغ المقترض بعد السنتين ، وجبت عليه الفوائد بالسعر المتفق عليه إلى يوم الرد .

وإذا رد المقترض مبلغ القرض عن طريق وسيط ، فإذا كان الوسيط نائباً عن المقترض ، وجب اعتبار أن مبلغ القرض لم يرد إلى المقرض حتى يدفعه الوسيط إليه ، ومن ثم تكون الفوائد مستحقة طول المدة التى يبقى فيها مبلغ القرض فى يد الوسيط إلى أن يدفعه إلى المقرض . أما إذا كان الوسيط نائباً عن المقرض ، اعتبر المبلغ قد رد إلى المقرض بمجرد أن يتسلمه الوسيط ، وينتهى سريان الفوائد منذ ذلك الوقت[1] .

٣٠٩ – *الزمان والمكان اللذان تدفع فيهما الفوائد* : وتدفع الفوائد فى المواعيد التى يتفق عليها . فقد يشترط المقرض أن يدفع المقترض الفوائد كل شهر أو كل ستة أشهر أو يدفعها كلها مرة واحدة عند نهاية القرض . والواجب فى جميع هذه الأحوال ألا يجاوز ما يدفعه المقترض من فوائد على ٧ ٪ من المبلغ المقترض عن كل سنة ، ولو كانت الفوائد

---

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٣ .

تدفع عن مدد أقل من السنة . فإذا لم يبين عقد القرض المواعيد التى تدفع فيها الفوائد ، فإنها تدفع كل سنة عقب نهايتها .

وتدفع الفوائد فى المكان الذى يبين فى عقد القرض . فإذا لم يعين عقد القرض مكان دفع الفوائد ، سرت القواعد العامة ، ووجب دفع الفوائد فى مكان المدين أى المقترض .

٣١٠ — الجزاء الذى يترتب على عدم دفع الفوائد : فإذا لم يدفع المقترض الفوائد فى المواعيد المحددة لها ، جاز للمقرض إجباره على دفعها بالطرق المقررة . فيجوز له ، إذا كان عنده سند قابل للتنفيذ ، أن ينفذ على أموال المقترض بالفوائد المستحقة .

ويجوز للمقرض كذلك أن يطلب فسخ القرض لإخلال المقترض بالتزامه من دفع الفوائد فى مواعيدها . ولما كان القرض عقداً ملزماً للجانبين ، فإن القواعد العامة فى الفسخ تسرى[1] . فإذا ما أجاب القاضى المقرض إلى طلبه وحكم بفسخ القرض ، استرد المقرض مبلغ القرض والفوائد المستحقة والتعويض المحكوم به من وقت الحكم بالفسخ . ولا يكون للفسخ أثر رجعى ، لأن القرض عقد زمنى فينتج أثره إلى يوم الفسخ[2] .

---

(١) فيجب إعذار المدين قبل طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠) ، إلا إذا اشترط عدم ضرورة الإعذار (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ — ٩ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٣) . انظر أنها فى جواز فسخ القرض لعدم دفع الأقساط فى المواعيد ، ولو تساهل المدين فى بعض الأقساط المتأخرة ثم عاد إلى المطالبة بالفسخ : استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨١ — ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص٢٥١ — ٢٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ — ١٨ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص٢٦ — وانظر فى جواز النزول ولو ضمنا عن الشرط القاضى بالفسخ : استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٤٧ ص ٤٧٧ .

٣١١ — استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة : كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً — هو المادة ٧٢٨ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الآتى : « إذا دفع المقترض فوائد تزيد على السعر الجائز قانوناً ، كان له فى جميع الأحوال أن يسترد الزيادة ، سواء دفع عن علم أو عن غلط » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بعد أن نص على حكمه فى نص سابق هو آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى[1] . والعبارة الأخيرة من الفقرة المشار إليها ، وقد جاءت عقب الكلام فى تحريم اتفاق المتعاقدين على سعر للفائدة أكثر من ٧ ٪ ، تقول : « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

وقد قدمنا[2] أن المقترض إذا دفع فوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً — ٧ ٪ — جاز له أن يسترد ما دفعه زيادة على هذا الحد ، حتى لو كان قد دفع وهو عالم بأن الزائد غير مستحق عليه[3] . ويعتبر التزام المقرض بالرد فى هذه الحالة التزاماً برد غير المستحق ، فيسقط بمضى ثلاث سنوات أو بمضى خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدنى .

ويجوز للمقترض أن يثبت أنه دفع فوائد أكثر من الحد الأقصى

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٩ — ص ٤٢٠ .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الثانى فقرة ٥١٤ .

(٣) انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق : نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — انظر عكس ذلك : استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٥ — ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ٥ مارس سنة ١٩٥٤ م ٣٦ ص ٢٥١ .

المسموح به بجميع طرق الإثبات ، ومنها البينة والقرائن ، لأن الربا الفاحش مخالف للنظام العام[١] .

ويسترد المقترض غير المستحق من الفوائد أيضاً حتى لو لم يزد السعر على الحد الأقصى المسموح به ، إذا كان قد دفع فوائد عن مدة لا تستحق فيها الفوائد . مثل ذلك أن يدفع فوائد عن المدة التى انقضت بين تمام القرض وتسلمه لمبلغ القرض ، أو أن يقع غلط حسابى فى مقدار الفوائد يترتب عليه أن يدفع المقترض فوائد أكثر من المستحق . والرد فى هذه الأحوال يقوم على أساس رد غير المستحق ، فتسرى قواعده ، ويدخل فى ذلك مدة التقادم . ولكن الإثبات هنا يخضع للقواعد العامة ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما جاوز عشرة الجنيهات .

المبحث الثانى

الالتزام برد المثل

٣١٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » .

---

(١) انظر فى هذه المسألة ما سبق أن قدمناه فى الوسيط الجزء الثانى ص ٩١٠ هامش رقم ١ — ويجب لإحالة القضية على التحقيق لإثبات الفوائد الربوية أن تقوم قرائن جدية فى احتمال وجود هذه الفوائد الربوية : استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٤ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٨ — ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ — ١٥ فبراير سنة ١٩١١م ٢٣ ص ١٧٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٥ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٨ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٢—٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٦ — ١٥ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٠ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .

وتنص المادة ٥٤٤ على ما يأتى :

« إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ؛ ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص .

م ٥٤٣ : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ينتهى القرض بانقضاء الميعاد المتفق عليه . أما إذا لم يحدد العقد أجلا للقرض، اتبع فى شأنه حكم المادة ٣٩٥ (أى المادة ٢٧٢ مدنى وهى خاصة بإلزام المدين بالوفاء عند المقدرة أو الميسرة) » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٧١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء فيما إذا كان القرض لم يحدد له أجل أيكون الرد حالا أو تكون نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وانتهت اللجنة إلى حذف عبارة « فإذا لم يحدد العقد أجلا للقرض الخ » اكتفاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢١ — ص ٤٢٣) .

م ٥٤٤ : ورد هذا النص فى المادة ٧٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا اتفق على سعر للفوائد يزيد على السعر القانونى ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته فى رد ما اقترضه ، على ألا يتم الرد إلا بعد مضى ستة أشهر من هذا الإعلان — وحق المقترض فى الرد لا يجوز الاتفاق على اسقاطه أو على الحد منه » . وأقرت لجنة المراجعة النص مع تحويرات لفظية تحت رقم ٥٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص تعديلا جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار أكثر تمشياً مع حاجات المتعاملين ، وقد كان قبل تعديله يشترط فى القرض أن يكون بسعر يزيد على السعر المقرر للفوائد القانونية ولا يجيز الرد إلا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ الإعلان ولم يكن ينظم تنظيما مفصلا علاقة للدائن بالمدين . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٢٤ وص ٤٢٦ — ص ٤٢٧).

ولا مقابل لهذين النصين فى التقنين المدنى السابق[1] .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١١ - ٥١٢ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٢ - ٥٤٣ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٨٩ - ٦٩١ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦١ - ٧٦٥[2] .

---

(١) ولكن النص الأول ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . أما النص الثانى فنص استحدثه التقنين المدنى الجديد ، ولما كان حكمه يعتبر من النظام العام ، فإنه يسرى على القروض التى عقدت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١١ - ٥١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٢ - ٥٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٨٩ : ١ . يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدراً ووصفاً فى الزمان والمكان المتفق عليهما . ٢ - فإذا لم يتفق على الزمان ، كان للمقترض أن يسترده فى أى وقت . ٣ - وإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجباً فى مكان العقد .

م ٦٩٠ : إذا وقع القرض على شىء من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق النقدى ، فرخصت أسعارها أوغلت ، فعلى المستقرض رد مثلها ولا عبرة برخصها وغلائها .

م ٦٩١ : إذا لم يكن فى وسع المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة بأن استهلكها فانقطعت عن أيدى الناس ، فللمقرض أن ينتظر إلى أن يوجد مثلها أو أن يطالب بقيمتها يوم القبض .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يجعل رد القرض حالا إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل للرد ، أما التقنين المصرى فقد ترك هذه المسألة للقواعد العامة - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٣٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٧٦١ : على المقترض أن يرجع ما يضارع الشىء المقرض نوعاً وصفة .

م ٧٦٢ : لا يجوز إجبار المقترض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف . وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ، ما لم يكن هذا الرد مضراً بمصلحة المقرض .

م ٧٦٣ : وإذا لم يعين أجل، كان المقترض ملزماً بالرد عند أى طلب يأتيه من المقرض . -

ويؤخذ من النصوص المتقدمة الذكر أنه بانتهاء القرض يجب على المقترض رد المثل . فنبحث : (أولا) ما يرده المقترض وفى أى مكان يكون الرد . (ثانياً) الوقت الذى يجب فيه الرد .

المطلب الأول

ما يرده المقترض وفى أى مكان يكون الرد

٣١٣ — رد المثل : عند نهاية القرض يجب على المقترض أن يرد للمقرض مثل ما اقترضه . وتقول المادة ٥٣٨ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته » .

فإذا كان الشىء المقترض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال أو قطن ، وجب على المقرض أن يرد كميات مماثلة فى المقدار والنوع والصفة[1] .

= وإذا اتفق الفريقان على أن المقترض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء أو حين تتسنى له الوسائل، فللمقترض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء .

م ٧٦٤ : يجب على المقترض بأن يرد الشىء المقرض فى المكان الذى عقد فيه القرض إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف .

م ٧٦٥ : إن نفقات الاستلام والرد على المقترض .

(ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : ١ — لا يجوز فى التقنين اللبنانى الرد قبل الأجل إذا كان الرد مضراً بمصلحة المقرض . ٢ — عند عدم الاتفاق على أجل الرد ، يكون الرد فى التقنين اللبنانى عند أول طلب من المقرض . ٣ — الرد فى التقنين اللبنانى يكون فى المكان الذى عقد فيه القرض ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) .

(١) أما إذا رد المقترض بموجب شرط مقداراً أكبر كان الزائد أجراً للقرض ، أو رد مقداراً أقل كان الباقى هبة . وإذا رد شيئاً من نوع آخر كان العقد مقايضة ، فإذا كان الشىء =

ولا عبرة بغلو السعر أو برخصه ، فإذا غلت أسعار الغلال أو القطن أو رخصت ، فإن المقترض يبقى ملتزماً برد مثل ما اقترض ولو غلا سعره فانضر أو رخص سعره فانتفع[١] . وإذا انقطع مثل الشيء المقترض عن السوق ، كان المقرض بالخيار إما أن ينتظر حتى يعود الشيء إلى السوق فيرد له المقرض المثل ، وإما أن يطالب المقترض بقيمة الشيء المقترض فى الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد[٢] .

وكذلك الحكم إذا كان الشيء المقترض هو مبلغ من النقود ، كما هو الغالب فى القروض ، فلا يلتزم المقترض أن يرد للمقرض إلا مقداراً من النقود يعادل فى عدده المقدار الذى اقترض ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها أثر[٣] . فإذا اقترض شخص ألف جنيه مصرى ، ردها ألفاً بمقدار عددها ، نزل سعر النقود أو ارتفع . وله أن يرد النقود بعددها عملة ورقية ذات سعر إلزامى ، حتى لو قبضها ذهباً ونزل سعر العملة الورقية . وقد سبق أن بينا حكم العملة الورقية ذات السعر القانونى ، وحكم العملة الورقية ذات السعر الإلزامى ، وحكم ما يسمى بشرط الذهب

= الآخر نقوداً كان العقد بيعاً (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٧٤٩ . الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣٠٥) .

(١) انظر م ٦٩٠ عراقى آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش — وإذا تأخر المقترض فى الرد ، وأعذره المقرض ، فإن هذا يسترد الشيء المقترض مع تعويض هو قيمة مالحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب تأخر المقترض فى الرد ، وذلك وفقاً للقواعد العامة (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٣١٢) .

(٢) قارن م ٦٩١ عراقى آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش .

(٣) انظر م ١٣٤ مدنى وقد نصت على هذا الحكم صراحة . وإذا تأخر المقترض فى الرد ، فلا تستحق فوائد عن التأخر فى رد النقود إلا وفقاً للقواعد العامة المقررة فى الفوائد ، فإذا كانت الفوائد مشترطة بسعر معين إلى يوم الرد ، بقيت هذه الفوائد سارية حتى يرد المقترض القرض . وإذا لم تكن هناك فوائد مشترطة ، أو انتهى سريان الفوائد المشترطة ، لم يكن للمقرض حق فى الفوائد إلا بالسعر القانونى ومن يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

أو شرط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب (clause d'or) (payable en valeur or) فى كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى[١] » .

٣١٤ — المكان الذى يجب فيه الرد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٧٢٦ / ١ و ٢ منه على ما يأتى :
« ١ — على المقترض أن يرد المثل فى المكان والزمان المتفق عليهما .
٢ — فإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجباً فى موطن المقترض »[٢] .
وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة[٣] .

وتتضمن المادة ٣٤٧ مدنى القواعد العامة فى هذا الشأن ، وهى تقضى بأنه إذا اتفق الطرفان على مكان معين يكون فيه الرد ، وجب على المقترض أن يرد المثل فى هذا المكان . أما إذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن ، فالرد يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء . فيرد المقترض المثل ، فى هذه الحالة ، فى المكان الذى يوجد فيه موطنه وقت الرد ، وعلى الدائن تحمل مصروفات سعيه إلى موطن المقترض ،

---

(١) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ — وانظر فى شروط ألفت فى التعامل فى فرنسا ترمى إلى تأمين المقرض من انخفاض سعر العملة ، كالدفع بعملة أجنبية أو بسعر سلعة معينة أو بحسب الأرقام القياسية للأسعار فى مجموعها ، وقيمة هذه الشروط من الناحية القانونية : بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٥ مكررة ثانياً — فقرة ١١٤٥ مكررة ثالثاً .

(٢) قارن م ٤٧٦/٥٨٠ مدنى سابق ، وهى تقضى بأن يكون الرد فى المحل الذى حصلت فيه العارية . والعبرة بتاريخ القرض ، فإن أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ — ص ٤١٩ فى الهامش .

وذلك ما لم يكن المقترض قد تأخر عن الدفع فى الميعاد فقاضاه المقرض ، فتكون المصروفات على المقترض[1] .

المطلب الثانى

الوقت الذى يجب فيه الرد

٣١٥ — التمييز بين ما إذا حدد للرد أجل أو لم يحدد : الوقت الذى يجب فيه على المقترض أن يرد المثل أمر بالغ الأهمية فى عقد القرض ، ولذلك أفردناه بالبحث . ويجب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان الطرفان قد اتفقا على أجل للرد ، أو سكتا عن ذلك .

٣١٦ — وجود اتفاق على أجل للرد — سقوط الأجل أو النزول عنه : يغلب أن يكون الطرفان قد اتفقا على أجل للرد ، فيجب على المقترض أن يرد المثل إلى المقرض بمجرد أن يحل هذا الأجل . وقد رأينا أن الأجل يحل إما بانقضائه وإما بسقوطه .

فيحل الأجل بانقضائه إذا انقضى الميعاد المضروب ، وعند ذلك يجب على المقترض رد المثل بمجرد انقضاء الميعاد[1] .

ويحل الأجل بسقوطه : (١) إذا شهر إفلاس المقترض أو إعساره . (٢) إذا أضعف المقترض بفعله إلى حد كبير ما أعطى المقرض من تأمين خاص ، ما لم يؤثر المقرض أن يطالب بتكملة التأمين . فإذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المقترض فيه ، فإن الأجل يسقط

---

(١) محكمة جنح مصر المختلطة ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨ .

(٢) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الثالث فقرة ٧٠ — وإذا اشترط المقرض عدم الإعذار صح الشرط (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٢) .

ما لم يقدم المقترض للمقرض تأمينا كافياً . (٣) إذا لم يقدم المقترض للمقرض ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات[١] .

ويجوز أيضاً أن يكون الرد قبل الأجل إذا نزل عنه من له مصلحة فيه . ويغلب ، إذا كان القرض بغير فائدة ، أن يكون الأجل لمصلحة المقترض . فله إذن أن ينزل عن الأجل وأن يرد المثل قبل حلوله . أما إذا كان القرض بفائدة ، فالأجل فى مصلحة الطرفين ، ولا يجوز النزول عنه ورد المثل قبل حلوله إلا باتفاق الطرفين[٢] ، وذلك فيما عدا الحالة التى سنبسطها فيما يلى .

٣١٧ — الرد قبل الميعاد فى القرض بفوائد : فقد قضت المادة ٥٤٤ مدنى ، فيما قدمنا ، بأنه يجوز استثناء للمقترض أن يرد المثل قبل حلول

---

(١) انظر م ٢٧٣ مدنى — وانظر فى كل ذلك الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧١ — فقرة ٧٤ .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٧٣٢ منه على أنه « يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل ، إذا أعسر المقترض بعد القرض ، أو كان معسراً قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٥ فى الهامش) . ويلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان المقترض معسراً قبل القرض ولم يكن المقرض عالماً بهذا الإعسار ، اعتبر المقرض واقعاً فى غلط جوهرى ، وجاز له إبطال القرض واسترداد الشىء المقترض قبل الأجل .

(٢) انظر فى حلول الأجل بالنزول عنه من له مصلحة فيه الوسيط للمؤلف ٣ فقرة ٧٦ — وانظر م ٧٦٢ لبنانى آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش — ويجوز أن يجبر المقرض على استيفاء القرض قبل الأجل المشترط لمصلحته ، وذلك إذا كان القرض مضموناً بعقار مرهون رهناً رسمياً ، وباع المقترض حق العقار المرهون ، فظهر المشترى العقار وأجبر المقرض على استيفاء حقه على هذا النحو . وفى هذه الحالة يستطيع المقرض أن يرجع على المقترض بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تعجيل الوفاء قبل الميعاد (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٦ مكررة ص ٤٧٥) .

الأجل ، ولو كان الأجل روعيت فيه مصلحة المقرض ودون حاجة إلى رضاء هذا ، إذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يكون القرض بفائدة وقد عين له أجل للرد . ويستوى أن يكون سعر الفائدة يزيد أو يعادل أو يقل عن السعر القانونى[1] .

٢ — أن تنقضى ستة أشهر على تسلم المقترض لمبلغ القرض وسريان الفوائد . وهذا الشرط يتضمن بداهة أن يكون الأجل المحدد للرد أطول من ستة أشهر .

٣ — أن يعلن المقترض المقرض برغبته فى إنهاء القرض وفى رد ما اقترضه . ولم يشترط القانون شكلا خاصاً لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب غير مسجل أو شفوياً . ولكن عبء الإثبات يقع على المقترض ، فيحسن تيسيراً للإثبات أن يكون الإعلان بكتاب مسجل .

٤ — أن يرد المقترض المثل فعلا فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إلى المقرض . وهذا الشرط يتضمن أيضاً أن يكون الأجل الذى كان محدداً للرد أطول من سنة ، حتى يتصور إنقاصه إلى سنة ، إذ يشترط كما رأينا انقضاء ستة أشهر من وقت القرض وستة أخرى من وقت الإعلان .

٥ — أن يدفع المقترض فوائد الستة الأشهر التى انقضت من وقت القرض وفوائد الستة الأشهر الأخرى التى تلت الإعلان ، وذلك سواء رد المثل قبل انقضاء هذه الستة الأشهر الأخرى أو عند انقضائها . فتكون

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٥٤٤ مدنى يشترط أن تكون الفوائد أزيد من السعر القانونى ، ولكن هذا القيد حذف فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً فقرة ٢٨٥ فى الهامش) .

الفوائد التي يدفعها هي فوائد سنة كاملة ، وهذا يدل كما قدمنا على أن القرض كان لمدة أطول من سنة حتى يمكن المقترض أن يفيد من الرد فتسقط عنه الفوائد فيما زاد على السنة . ولا يلزم المقترض أن يؤدى فائدة أو مقابلا من أي نوع غير ما قدمناه ، بسبب تعجيل الوفاء .

فإذا توافرت هذه الشروط ، انقضى القرض قبل حلول الأجل بإرادة المقترض وحده ، ولو أن الأجل كان مشترطاً لمصلحة المقرض ولم يطلب هذا تعجيل الوفاء . وقد لوحظ فى هذا الحكم الذى استحدثه التقنين المدنى الجديد أن ييسر على المقترض رد القرض قبل الميعاد ، إذا كان هذا الميعاد أطول من سنة ، حتى يتخفف من دفع فوائد المدة كلها فلا يدفع منها إلا فوائد سنة واحدة . ويعمد المقترض إلى الاستفادة من هذا التيسير إذا توافر عنده ما يسدد به القرض قبل الميعاد ، وكذلك إذا كان سعر الفائدة المشترطة عالياً واستطاع أن يقترض بسعر أقل فيستبدل القرض ذا السعر الأدنى بالقرض ذى السعر الأعلى(١) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٥ — وانظر فى هذه المسألة الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٦ ص ١٢٧ — وانظر تشريعاً استثنائياً فى فرنسا يقضى بجواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد دون حاجة إلى رضاء الدائن : الوسيط للمؤلف جزء ٣ ص ١٢٧ هامش رقم ١ .

وقد كان القضاء المختلط فى عهد التقنين المدنى السابق يقضى بجواز الرد المعجل فى مقابل تعويض ، إذا اتفق الطرفان على ذلك ، فى غير مجاوزة للحد الأقصى للسعر الاتفاقى : استئناف مختلط ١٦ نوفبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٠ — ١١ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٣ — ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ص ٤٧ — ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٠ — ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ — ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٠ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٣ — ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨ — ١٦ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ — ١٠ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٤ — ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٤ — ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٢ — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ — ٣ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ —

والحكم المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام بصريح النص ، إذ تنول العبارة الأخيرة من المادة ٥٤٤ مدنى : « ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه » . فلا يجوز إذن أن يشترط المقرض أن ينزل المقترض عن حقه فى تعجيل الرد على النحو الذى قدمناه ، أو أن يحد من هذا الحق بأن يشترط مثلا على المقترض ألاّ يعجل الرد إلا بعد مدة أطول من سنة .

٣١٨ – لا يوجد اتفاق على أجل للرد : وقد يقع ألاّ يتفق المتعاقدان على أجل للرد ، وهذا نادر . فإذا وقع ، سرت القواعد العامة . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٧٢٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . أما إذا لم يحدد العقد أجلا للقرض ، اتبع فى شأنه حكم المادة ٣٩٥ » ، أى اتبع فى شأنه الحكم عندما يكون الوفاء مشترطاً عند مقدرة المدين أو عند ميسرته (م ٢٧٢ مدنى) . وقد اختلفت الآراء فى لجنة مجلس الشيوخ فى صدد هذه المسألة ، فذهب بعض إلى أنه عندما لا يوجد اتفاق على أجل للرد كان الرد واجباً عند أول طلب من المقرض[١] . وذهب بعض آخر إلى أن نية المتعاقدين عند عدم تحديد

= ص ٤٨٨ . ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٣٨٠ – ٢٩ أبريل سنة ٩٢٦ م ٣٨ ص٣٧٨ – ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٧ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٣٨ ص ٣٧٨ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٠ – ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥ (اشترطت الشركة المقترضة جواز رد السندات قبل الميعاد ، وجعلت مدة ٥٣ سنة هى الحد الأقصى للرد ، فيجوز لها الرد قبل ذلك دون دفع تعويض) .

(١) انظر أيضا فى هـذا المعنى م ٦٨٩ / ٢ عراقى وم ٧٦٣ لبنانى آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش .

أجل تكون قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وإلا لم تكن هناك فائدة من القرض إذا أمكن المقرض أن يطلب السداد فوراً بعد القرض . وانتهت اللجنة إلى حذف هـذا النص اكتفاء بالقواعد العامة[1] .

ونرى أن القواعد العامة تقضى بتفسير نية المتعاقدين فى هذا الشأن . فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض ، وجب على المقترض أن يرد القرض . بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد[2] . وإن ظهر أن المتعاقدين إنما أرادا ألاّ يسترد المقرض القرض إلا عند مقدرة المقترض على الوفاء أو عند ميسرته ، وجب اتباع هذا الحكم . ونرجح ، عند الشك فى تبين نية المتعاقدين ، أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة[3] .

وقد سبق أن بينا متى يكون الوفاء إذا اشترط المقترض على المقرض أن يكون الوفاء عند المقدرة أو الميسرة . فقد نصت المادة ٢٧٢ مدنى على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وانظر آنفاً فقرة ٧٨٥ فى الهامش . وانظر أيضاً م ٧٢٦ / ٣ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفت هى أيضاً اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ — ص ٤١٩ فى الهامش) .

(٢) ولكن يجوز للقاضى أن يمنح المقترض نظرة الميسرة ، وفقاً للقواعد العامة .

(٣) قارب الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٠٦ — وقد كانت المادة ٥٧٩/٤٧٥ مدنى سابق تنص على ما يأتى : « على المستعير أن يؤدى فى الوقت المتفق عليه ما استعاره . وإذا لم يعين لأداء المستعار ميعاد . أوسار الاتفاق على أن المستعير يؤديه عند إمكانه ، فيعين القاضى الوقت الذى يقتضى حصول الأداء فيه » .

أو الميسرة ، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه »[1] :

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط للمؤلف الجزء الثالث فقرة ٥٤ – وانظر فى الشرط القاضى بأن المقترض يرد القرض عندما يشاء ، فلا يحل أجل الرد إلا إذا شاء المقترض الرد حال حياته ، وإلا لم يحل الرد إلا بموت المدين : الوسيط للمؤلف الجزء الثالث ص ٨٧ هامش رقم ٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٦ مكررة – وقارن بودرى وفال ٢٣ فقرة ٧٦٨ – وانظر فى أحوال أخرى بودرى وفال ٢٣ فقرة ٧٦٩ – فقرة ٧٧٠ .

الفصل الثالث

الدخل الدائم

٣١٩ – لمحة تاريخية: يتميز الدخل الدائم عن القرض فى أن مبلغ القرض فى الدخل الدائم غير واجب الرد فى وقت معين ، بل هو غير واجب الرد أصلا ما دام المقترض يدفع الفائدة وهى الدخل . ومن هنا سمى العقد بالدخل الدائم ، لأن الفائدة يجب دفعها على الدوام ما دام الاستبدال لم يقع .

وقد بدأ الدخل الدائم فى القانون الرومانى أن يكون قرضاً مستتراً ، وسمى بالدخل الدائم حتى يستبعد من نطاق القرض فلا تسرى عليه القيود التى تحدد الفائدة ، وبخاصة القيد القاضى فى القانون الرومانى بألا يزيد مجموع الفائدة على رأس المال . فالدائن بالدخل (وهو المقرض) يتقاضى من المدين به (وهو المقترض) فائدة مستمرة ، يتقاضاها هو وورثته من بعده ، فيمكن أن يجاوز مجموع الفائدة بذلك رأس المال بكثير . ولم يكن ذلك محرماً فى قوانين جوستنيان (Nov. 160) ، إذ اعتبرت الفائدة هنا دخلا دورياً (annuus reditus) وليست فائدة .

وورث القانون الفرنسى القديم تقاليد القانون الرومانى ، فأجاز الدخل الدائم ، بل إن القانون الكنسى ذاته أجازه متغافلا عما يتضمنه من ربا . ولكن ما لبثت القوانين التى تقيد سعر الفائدة أن أحاطت بالدخل الدائم ، فقيدته بما تتقيد به الفائدة[1] .

---

(١) وكان الدخل الدائم فى القانون الفرنسى القديم يعتبر عقاراً ، إذ يشبه دخل العقار فى دوامه . أما فى القوانين الحديثة ، فالدخل الدائم نقود أو أشياء مثلية أخرى ، فهو دائماً منقول . ويبقى منقولا حتى لو كان مضموناً برهن رسمى (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٥٥) .

وانتقل الدخل الدائم إلى التقنين المدنى الفرنسى ، ومنه إلى التقنينات الحديثة . ولم تعد الأفراد تلجأ إلى هذا النوع من التعامل ، إذ القرض أمامها وباب الفائدة فيه مفتوح . وقل أن يكون القرض الذى لم يحدد فيه أجل للرد مقصوداً به أن يرتب دخلا دائماً ، والغالب كما رأينا أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الرد عند الميسرة أو المقدرة .

وأصبحت الصورة المألوفة فى العصر الحاضر لترتيب الدخل الدائم هى ما تعمد إليه الحكومات (أو الأشخاص المعنوية غير محددة المدة كالبلديات والمصارف والشركات) من إصدار سندات بقروض . فالسند قرض يعطيه المكتتب للدولة ، ولا يستطيع أن يسترده من الدولة ذاتها متى أراد ، وإنما يتقاضى فائدة سنوية عن السند هى الدخل الدائم[١] . ومتى أرادت الدولة أن ترد له رأس المال — ويقع ذلك عادة عن طريق استهلاك السندات (amortissement) — ردته فانقطع الدخل . ويستطيع المكتتب إذا أراد رأس المال بدلا من الدخل أن يبيع السند فى البورصة ، فيحصل على قيمته الفعلية ، وينتقل السند إلى المشترى فيصبح هو صاحب الدخل الدائم[٢] .

وننتقل إلى بيان أحكام الدخل الدائم كما نظمها التقنين المدنى الجديد ، فنبحث : (١) ترتيب الدخل الدائم (٢) واستبدال الدخل الدائم .

---

(١) ومن ثم غلب على الدخل الدائم أن يكون عقداً من عقود القانون العام (جوسران ٢ فقرة ١٣٥٨) .

(٢) انظر فى كل ذلك بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٤٧ — فقرة ٩٥٠ .

الفرع الأول

ترتيب الدخل الدائم

٣٢٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دورياً يكون مبلغاً من النقود أو مقداراً معيناً من أشياء مثلية أخرى . ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية » .

« ٢ — فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة »(١) :

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٤٧٩ / ٥٨٣ — ٥٨٥ و ٤٨١ / ٥٨٩(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٩ — ص ٤٣٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م٤٧٩/٥٨٣ — ٥٨٥ : يجوز أن يشترط فى عقد الاقتراض بالفائدة أن المقرض ليس له طلب رأس المال أبداً ، وأن للمقترض رده فى أى وقت أراد . وفى هذه الحالة يسمى العقد المذكور عقد ترتيب إيراد ، وتسمى الفائدة باسم مرتب ، ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقترض بما التزم به أو إذا امتنع عن أداء التأمينات المشترطة أو أعدمها أو وضع فى حالة الإفلاس .

=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى ٥١٣ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٤[١] . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم ترد فيه نصوص فى الدخل الدائم .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك صوراً مختلفة لترتيب الدخل الدائم ، وأن الدخل متى رتب وجب دفعه دائماً إلى صاحبه حتى ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء . فنبحث مسألتين (١) الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم (٢) الالتزام بدفع الدخل حتى ينقضى .

المبحث الأول

الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم

٣٢١ — *الصورة الغالبة هى عقد القرض* : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض ، فتعقد الدولة قرضاً فى صورة سندات تصدرها متساوية فى قيمها الاسمية . فيكتتب المقترض فى السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند ، على أن يتقاضى منها دخلا دائماً سنوياً هو الفائدة التى تحدد الدولة سعرها . ويراعى فى تحديد سعر الفائدة القيود الواردة على الفوائد ، فلا يجوز أن يزيد هذا السعر على الحد

— م ٤٨١ / ٥٨٩ : تتبع القواعد المقررة سابقاً فى حالة تقرير مرتبات مؤبدة أو مقيدة بمدة الحياة فى مقابلة بيع أو عقد آخر أو مجرد تبرع .

(وأحكام التقنين السابق فى مجموعها متفقة مع أحكام التقنين الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٤ (موافق — انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٣٥) .

الأقصى المسموح به للفوائد الاتفاقية وهو ٧٪ . والغالب أن يحدد سعر الفائدة للسند بأقل من ذلك بكثير ، فيكون السعر عادة ٣٪ أو ٣½٪ ، وقل أن يصل إلى ٥٪[١] .

على أنه لا يوجد مايمنع – نظرياً على الأقل – من أن يكون المقترض فى الدخل الدائم فرداً ، فيلتزم بأداء الدخل للمقرض ولخلفائه من بعده على الدوام . وسنرى أنه يجوز للمقترض دائماً أن يتخلص من التزامه باستبدال الدخل ، فلا يتأبد الالتزام فى ذمته . كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الدخل أو رأس المال أشياء مثلية أخرى غير النقود ، كما هى الحال فى القرض ، ولكن ذلك يندر كثيراً أن يقع فى العمل .

٣٢٢ – صور أخرى لترتيب الدخل الدائم : وليس القرض هو الصورة الوحيدة لترتيب الدخل الدائم ، وإن كان هو الصورة الغالبة . فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٥٤٥ مدنى تقول : « ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضه أو التبرع أو بطريق الوصية » .

فيصح إذن ترتيب الدخل الدائم بعقد من عقود المعاوضة غير القرض ذى الفائدة ، وأكثر ما يقع ذلك فى عقد البيع . فيبيع شخص عيناً مملوكة له بثمن هو دخل دائم . ويصح أن يتم ذلك بإحدى طريقتين . فإما أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود يكون رأس مال ، ويحول فى عقد البيع ذاته إلى دخل دائم . وإما أن يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن رأساً دخلا دائما . وفى كلتا الطريقتين لا يكون الدخل الدائم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أعلى من السعر الاتفاقى للفائدة ، لأن الدخل إنما هو فائدة لرأس المال الذى تم إقراضه . . . ويؤدى الدخل للمستحق ولخلفائه من بعده على الدوام . ولذلك كانت الحكومات والمصارف هى أصلح الهيئات لترتيب المدخل الدائم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٩) .

عقداً مستقلا عن عقد البيع ، بل يكون ركناً فى عقد البيع هو الثمن . غير أنه فى الطريقة الأولى إذا أريد استبدال الدخل الدائم ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذى حدد أولا فى عقد البيع (م ٥٤٨/١ مدنى) . ورأس المال الواجب الرد فى الطريقة الثانية هو مبلغ من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانونى تساوى الإيراد (م ٥٤٨/٢ مدنى)[1] .

ويصح ترتيب الدخل الدائم تبرعاً ، ويكون ذلك إما من طريق الهبة أو من طريق الوصية . فيهب شخص آخر مقداراً معيناً من النقود أو أشياء مثلية أخرى كغلال أو مأكولات أو مشروبات ، فى مواعيد دورية ، أو يوصى له بها . فيتقاضى صاحب الدخل دخله الدورى فى المواعيد المحددة ، ولكن المدين بهذا الدخل ، هو أو تركته ، يستطيع أن يتخلص من التزامه بدفع الدخل إذا هو استبدله على النحو الذى سنبينه فيما بعد .

٣٢٣ — شكل ترتيب الدخل الدائم وكيفية إثباته : ولم يشترط القانون لترتيب الدخل الدائم شكلا خاصاً ، ومن ثم يجب اتباع شكل التصرف القانونى الذى رتبه . فإن كان هذا التصرف القانونى قرضا ، فليس للقرض شكل خاص ، وإنما هو عقد رضائى كما قدمنا . أما إذا كان التصرف هبة ، فإنه يجب أن يكون فى ورقة رسمية ، وكذلك إذا كان وصية وجب اتباع الشكل الواجب فى الوصية .

ويجوز إثبات ترتيب الدخل الدائم بالطرق المقررة فى القواعد العامة

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٥ — ثم إنه فى الطريقة الأولى لا يجوز أن يزيد الدخل على الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بالنسبة إلى الثمن المقدر فى العقد . وأما فى الطريقة الثانية فلا يوجد ثمن مقرر فى العقد ، والثمن هو الدخل ذاته ، فلا قيد عليه من حيث الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية ، إلا إذا قصد بذلك ستر الربا الفاحش (الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٣٥٤) .

للإثبات : ولما كان الدخل دائماً ، فهو غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة ولا القرائن فى إثباته ، بل يجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها . والكتابة على كل حال ضرورية أيضاً من الناحية العملية ، فإن الالتزام بالدخل الدائم طويل الأمد فالحصول على كتابة لإثباته أمر ضرورى . ولا يكفى لإثباته أن يكون صاحب الدخل قد استمر خمس عشرة سنة يقبض الدخل بانتظام ، فإن ترتيب الدخل الدائم لا يثبت كما قدمنا بالقرائن ، ولا تصلح هذه المدة سبباً للتقادم وإن كانت تزول به(1) .

والغالب كما قدمنا أن يتخذ الدخل الدائم صورة قرض تعقده الدولة ، وفى هذه الحالة تكون السندات التى تصدرها الدولة بهذا القرض هو الشكل المألوف لترتيب الدخل الدائم ، وهى فى الوقت ذاته الطريقة المعتادة لإثباته .

المبحث الثانى

الالتزام بدفع الدخل الدائم

٣٢٤ — **حدود هذا الالتزام** : يلتزم المدين بالدخل الدائم بدفعه إلى الدائن ، بالمقدار المحدد فى العقد أو فى الوصية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ مدنى ، كما رأينا ، إنه « إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة » .

فإذا رتب الدخل بعقد قرض أو بعقد بيع ، وجب ألا يجاوز الدخل السنوى الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفائدة ، محسوباً ذلك بالنسبة إلى رأس المال المقترض أو إلى ثمن المبيع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . هذا إذا كان رأس المال نقوداً ، حتى لو كان الدخل أشياء مثلية غير النقود . أما

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٦٠ .

إذا كان رأس المال أشياء مثلية غير النقود ، فيجوز أن يجاوز الدخل — نقوداً كان أو أشياء مثلية غير النقود — الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفائدة ، لأن هذا الحد الأقصى لا يكون إلا إذا كان رأس المال نقوداً[١] .

ولما كان النص لم يقيد الدخل إلا من حيث سعر الفائدة ، فإن القيود الأخرى التي ترد على الفوائد لا تسرى . من ذلك أنه يجوز فى الدخل الدائم أن يكون مجموع الدخل الذى يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال ، وهذا بخلاف الفوائد غير الدخل فإنه لا يجوز أن يجاوز مجموع ما يتقاضاه الدائن منها رأس المال (م ٢٣٢ مدنى) . ومن ذلك أيضاً أنه يجوز للدائن بالدخل أن يتقاضى فوائد تأخيرية إذا تأخر المدين عن دفع الدخل فى الميعاد، فيقاضيه الدائن مطالباً إياه بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانونى ، أما فى الفوائد العادية فلا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد (م ٢٣٢ مدنى) .

وإذا رتب الدخل تبرعاً بهبة أو وصية ، فلا يتصور أن يسرى هنا الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، إذ لا يوجد رأس مال أعطى للمدين حتى ينسب إليه الدخل للتثبت من عدم مجاوزته للحد الأقصى . ومن ثم يجوز أن يكون الدخل فى هذه الحالة أى مقدار يرضى المدين أن يتبرع به .

٣٢٥ — من يقوم بالدفع ولمن يكون الدفع : يقوم بالدفع المدين بالدخل ، وهو فى القرض المقترض ، وفى البيع المشترى ، وفى الهبة الواهب ، وفى الوصية تركة الموصى . ولما كان الدخل دائماً ، فإنه لا ينقضى بموت المدين ، بل تكون تركته مسئولة عن الاستمرار فى دفع الدخل ، ومن ثم يجب أن يقتطع من التركة رأس مال تكفى فائدته للوفاء بالدخل . ولما كان المدين بالدخل فى الغالب هو شخص معنوى — الدولة

---

(١) بودرى وقال ٢٣ نقرة ٩٦٣ .

أو أحد المصارف أو إحدى الشركات — فإن الذى يقع عملا أن المدين ، ويدوم مدة طويلة أو يدوم دون انقطاع إذا كان هو الدولة ، يبقى يؤدى الدخل إلى أن يستبدل به عن طريق استهلاك السندات التى أصدرها .

ويدفع الدخل للدائن به ، وهو فى القرض المقرض ، وفى البيع البائع ، وفى الهبة الموهوب له ، وفى الوصية الموصى له . ويستمر الدفع طول حياة المدين ، فإذا مات انتقل الدخل إلى ورثته ، ثم إلى ورثة ورثته وهكذا ، كل بقدر نصيبه فى الميراث . ويتجزأ الدخل على الورثة . ويستمر دفع الدخل إلى أن يستبدل به المدين أو إلى أن ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء .

٣٢٦ — الزمان والمكان اللذان يدفع فيهما الدخل : يدفع الدخل فى المواعيد المحددة فى سند ترتيبه ، ويغلب أن يكون الميعاد المحدد سنة فسنة . فإذا لم يحدد ميعاد للدفع فى سند الترتيب ، ولم يمكن استخلاص هذا الميعاد من الظروف والملابسات ، وجب دفع الدخل فى آخر كل سنة .

ويدفع الدخل فى المكان المحدد فى سند ترتيبه ، فإذا لم يحدد مكان ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى موطن المدين بالدخل[1] .

٣٢٧ — الجزاء على عدم دفع الدخل : وإذا لم يقم المدين بدفع الدخل على النحو الذى قدمناه ، جاز للدائن إجباره على الدفع . فيطالبه قضائياً بدفع الدخل المتأخر مع الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، فإذا حصل على حكم بذلك قابل للتنفيذ ، نفذه على أموال المدين .

وسنرى أيضاً أن الدخل الدائم قابل للفسخ عن طريق إجبار المدين على الاستبدال ، إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم إعذاره .

---

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٦٩ .

٣٢٨ – أسباب انقضاء الالتزام بدفع الدخل : ينقضى الالتزام بدفع الدخل بالأسباب التى تنقضى بها سائر الالتزامات . ويجب التميز فى هذا الصدد بين الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل والالتزام بدفع الدخل فى مجموعه .

أما الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل فينقضى بالوفاء بهذا القسط ، أو بالتجديد ، أو بالمقاصة ، أو باتحاد الذمة ، أو بالإبراء ، أو بالتقادم ومدة التقادم هنا خمس سنوات من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل حقوق دورية متجددة .

وأما الالتزام بدفع الدخل فى مجموعه أو الدخل الدائم ، فإنه لا يسقط بوفاء أقساط الدخل مهما كثرت ، لأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . ولكنه يسقط بالتجديد ، وبالمقاصة ،وباتحاد الذمة ، وبالاستبدال بعد أن يظهر المدين رغبته فى رد رأس المال وبعد انقضاء سنة على إظهار هذه الرغبة،وبالإبراء، وبالتقادم إذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة[1] .

ولكن السبب الرئيسى لانقضاء الالتزام بدفع الدخل فى مجموعه هو الاستبدال ، ذلك أنه يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

---

(١) أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ rent constituée فقرة ٣٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٣٦٢ – ويبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام بالدخل الدائم ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فإذا انقضى منذ وجود الالتزام بالدخل الدائم خمس عشرة سنة ، سقط الالتزام . والمفروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط الدخل لم يدفع ، لأنه لودفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . فإذا لم يدفع أى قسط ، فمدة التقادم تسرى كما قدمنا منذ وجود الالتزام دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالدخل بعد خمس عشرة سنة من وجوده،أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (انظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٧ ص ١٠٦٤) .

الفرع الثانى
استبدال الدخل الدائم

٣٢٩ – متى يكون الاستبدال وكيف يتم : الدخل الدائم كما قدمنا قابل للاستبدال دائماً متى شاء المدين ، ولكن المدين لا يجبر على الاستبدال إلا فى أحوال معينة . فإذا قامت حالة من أحوال الاستبدال ، فإن الاستبدال يتم برد رأس المال وفقاً لقواعد قررها القانون .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (١) متى يكون الاستبدال . (٢) كيف يتم الاستبدال .

المبحث الأول
متى يكون الاستبدال

٣٣٠ – الاستبدال بإرادة المدين والاستبدال جبرا على المدين : القاعدة فى الدخل الدائم ، كما قدمنا ، أن يكون قابلا للاستبدال . ولهذه القاعدة معنيان . أولهما أن المدين يستطيع أن يطلب الاستبدال ، متى شاء ذلك . والمعنى الثانى أن المدين يستطيع أيضاً أن يستبقى الدخل الدائم فى ذمته ، فلا يجبر على الاستبدال ما دام يدفع أقساط الدخل .

على أن المدين قد يجبر على الاستبدال فى أحوال معينة ذكرها القانون .

ونرى من ذلك أن الاستبدال قد يكون بإرادة المدين وهذا هو الأصل ، وقد يكون جبراً على المدين وهذا هو الاستثناء . فإذا لم يرد المدين الاستبدال ، ولم تقم حالة من الأحوال التى يجبر فيها عليه ، بقى الدخل الدائم قائماً إلى غير ميعاد .

المطلب الأول

الاستبدال بإرادة المدين

٣٣١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — غير أنه يجوز الاتفاق على ألاَّ يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألاَّ يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة » .

« ٣ — وفى كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك ، وانقضاء سنة على هذا الإعلان »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذا التقنين كان يجعل للمدين بالدخل حق رد رأس المال فى أى وقت أراد ، دون أن يجبر على ذلك إلا فى أحوال معينة . ونص التقنين الجديد ينظم استعمال حق الاستبدال ، ويجيز الاتفاق على تأخير استعمال هذا الحق إلى مدى معين[2] .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٥ — وفى التقنين

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وحور فى لجنة المراجعة تحويراً لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٤ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣١ — ص ٤٣٢) .

(٢) والعبرة بتاريخ تمام التصرف القانونى الذى رتب الدخل ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

المدنى العراقى م ٦٩٥[1] . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم ترد فيه نصوص فى الدخل الدائم .

٣٣٢ – الأصل فى الدخل الدائم أنه يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين : قدمنا أن المدين يلتزم بوفاء أقساط الدخل الدائم ، وأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . فحتى لا يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً – والالتزام الأبدى لا يجوز – أباح القانون له أن يتخلص من التزامه متى شاء إذا هو رد رأس المال إلى الدائن . فيكون الدخل الدائم إذن فى الأصل قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين[2] . ولكن إذا لم يشأ المدين الاستبدال ، فإنه لا يجبر عليه إلا فى أحوال معينة سيأتى ذكرها .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٥ : ١ – المدين فى الدخل الدائم حق إيفاء العوض الذى تأسس عليه الدخل ، وذلك بعد مضى خمس عشرة سنة على العقد . ٢ – ويجوز الاتفاق على ألا يحصل الإيفاء ما دام مستحق الدخل حياً أو لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أو تقل عنها . ٣ – ولا يستعمل حق الإيفاء إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك وانقضاء سنة على هذا الإعلان .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن الدخل الدائم فى التقنين العراقى لا يكون فى الأصل قابلا للاستبدال إلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، إلا إذا اتفق على مدة أقل أو أكثر أو طول حياة الدائن – انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٦) .

(٢) وحق المدين فى الاستبدال لا يزول بالتقادم لأنه رخصة والرخص لا تزول بالتقادم ، فلو بقى المدين بالدخل لا يستعمل حق الاستبدال مدة أطول من خمس عشرة سنة لم يزل حقه ، وجاز له طلب الاستبدال بعد خمس عشرة سنة أو بعد أية مدة أطول من ذلك (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٧٨) .

وقابلية الدخل الدائم للاستبدال قاعدة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، لأنها وضعت لتفادى أن يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً ، وتحريم الالتزام الأبدى قاعدة من النظام العام .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط الدائن على المدين ، أو أخذ المدين على نفسه ، ألا يطلب الاستبدال أبداً فى أى وقت ، فإن هذا الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ويبقى الدخل الدائم ، بالرغم من هذا الشرط ، قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين[1] .

٣٣٣ — جواز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال : على أنه إذا كان لا يجوز محو قابلية الدخل للاستبدال على النحو الذى قدمناه ، فإنه يجوز التقييد من هذه القابلية إلى مدى معين ، مراعاة لمصلحة الدائن .

فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ مدنى ، كما رأينا ، « الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة » .

فيجوز أولا الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً . ويكون هذا شرطاً لمصلحة الدائن صاحب الدخل ، حتى يطمئن إلى مورد يتعيش منه طول حياته . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، لم يجز للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال طول حياة الدائن ، بل يجب عليه أن يؤدى له أقساط الدخل ما دام حياً . فإذا مات الدائن ، عاد للمدين حقه فى طلب الاستبدال فى أى وقت شاء ، دون أن يجبر على ذلك .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٥ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٠ — وإذا اشترط الدائن على المدين أنه يجوز الدائن أن يطلب الاستبدال بعد انقضاء مدة معينة ، لم يكن هذا دخلا دائماً ، بل قرضاً عادياً جعل وقت الرد فيه لا يحل إلا بعد انقضاء مدة معينة « بودرى وڤال ٢٣ فقرة ٩٨٨) .

ويجوز ثانيا الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال قبل انقضاء مدة معينة ، يطمئن فيها الدائن صاحب الدخل إلى قبض أقساط الدخل طول هذه المدة . ولكن لا يجوز أن تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة ، فإذا زادت وجب إنقاصها إلى خمس عشرة سنة[1] . فإذا تم الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال قبل انقضاء خمس سنوات ، أو عشر سنوات ، أو خمس عشرة سنة مثلا ، لم يجز للمدين بالدخل أن يطالب الاستبدال طول المدة المتفق عليها[2] ، حتى إذا مات الدائن قبل انقضاء هذه المدة ، بل يبقى الدخل غير قابل للاستبدال بعد موت الدائن وانتقال الدخل إلى ورثته إلى أن تنقضى المدة المتفق عليها . فإذا انقضت هذه المدة ، عاد للمدين حقه فى طلب الاستبدال دون أن يجبر على ذلك[3] .

والظاهر أنه يجوز الاتفاق على الجمع بين الأمرين ، فيشترط ألا يحصل الاستبدال مدة حياة الدائن صاحب الدخل وقبل أن تنقضى خمس عشرة سنة . فلا يجوز فى هذه الحالة للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد موت الدائن ولو عاش أكثر من خمس عشرة سنة ، وإلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ولو مات الدائن قبل هذه المدة . فلا يجوز طلب الاستبدال إذن إلا بعد انقضاء حياة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة ، أى المدتين أطول .

٣٣٤ — كيف يستعمل المدين بالدخل حق الاستبدال : فإذا كان للمدين بالدخل حق طلب الاستبدال ، إما لأنه لم يقيد استعمال هذا الحق

---

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٨٠ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٣٢ ص ٨٩٢ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٥ .

بأى قيد فيكون له طلب الاستبدال فى أى وقت شاء ، وإما لأنه قيد على النحو الذى قدمناه وانتهى القيد بموت الدائن أو بانقضاء المدة المحددة ، فإن له أن يستعمل هذا الحق دون أن يجبر على استعماله كما سبق القول .

فإذا اختار أن يستعمله ، وجب لاستعماله توافر شرطين[1] : ١ – أن يعلن رغبته فى الاستبدال إلى الدائن بالدخل . ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإنذار رسمى ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفوياً ، ولكن عبء الإثبات يقع على المدين فيحسن أن يجعل الإعلان بكتاب مسجل . ٢ – أن تنقضى سنة على وصول الإعلان المتقدم الذكر إلى الدائن ، حتى لا يفاجأ الدائن بالاستبدال فى وقت كان معتمداً فيه على الدخل . فأفسح القانون له الأجل سـنة من وقت وصول الإعلان إليه ، فإذا انقضت السنة تم الاستبدال بمقتضى القواعد التى سنبينها فيما بعد . والظاهر أن المدين يستطيع ، بعد إعلان رغبته فى الاستبدال وانقضاء سنة على إعلان هذه الرغبة ، أن ينزل عن حقه فى الاستبدال وأن يستمر فى الوفاء بأقساط الدخل فى مواعيدها . وهـذا ما لم يظهر الدائن ، بعد إعلانه بالرغبة فى الاستبدال ، قبوله لهذه الرغبة ، إذ يتم فى هذه الحالة اتفاق بين المدين والدائن على الاستبدال ، فلا يجوز للمدين وحده الرجوع فى هذا الاتفاق إذا لم يقبل الدائن هذا الرجوع . والظاهر أيضاً أن المدين ، إذا كان مقيداً بألا يطلب الاستبدال مدة معينة ، خمس سنوات مثلا ، يستطيع أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال قبل انقضاء هذه المدة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد انقضائها . فيستطيع مثلا أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال فى السنة الرابعة ، حتى إذا انقضت خمس السنوات تكون سنة قد انقضت من وقت الإعلان ، فيتمكن المدين من الاستبدال بمجرد انقضاء خمس السنوات .

---

(١) انظر م ٣/٥٤٦ مدنى .

المطلب الثانى

الاستبدال جبراً على المدين

٣٣٥ — النصوص القانونية: تنص المادة ٥٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجبر المدين على الاستبدال فى الأحوال الآتية : »

« (ا) إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين ، رغم إعذاره . »

« (ب) إذا قصر فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات ، أو إذا انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلا عنها . »

« (حـ) إذا أفلس أو أعسر[1] . »

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة حرف (حـ) فى المشروع التمهيدى كانت على الوجه الآتى : « إذا أفلس المدين أو أعسر أو صفيت أمواله تصفية قضائية » ، فحذفت عبارة « أو صفيت أمواله تصفية قضائية » فى لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٣ — ص ٤٣٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥ : ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقترض بما التزم به ، أو إذا امتنع عن أداء التأمينات المشترطة أو أعدمها أو وقع فى حالة الإفلاس .

(وأحكام التقنين السابق فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق لا يشترط تأخر المدين فى الدفع سنتين متواليتين ، بل كان تأخره فى الدفع ولو أقل من ذلك يكون محل تقدير القاضى وفقاً للقواعد المقررة فى الفسخ — والعبرة بتاريخ تمام الدخل الدائم ، فإذا كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٦ — وفى التقنين المدنى العراقى ٦٩٦[1] . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم ترد فيه نصوص فى الدخل الدائم .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً يجوز فيها للدائن نفسه أن يطلب الاستبدال ، ولو أن المدين لم يطلب ذلك ، فيكون الاستبدال فى هذه الحالات الثلاث بإرادة الدائن وحده وجبراً على المدين .

٣٣٦ — الحالة الأولى — عدم دفع الدخل سنتين متواليتين :

إذا تأخر المدين فى دفع أقساط الدخل سنتين متواليتين ، وأعذره الدائن بالدفع فلم يدفع بالرغم من الإعذار ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الدخل الدائم ، وأن يجبر المدين على رد رأس المال لإخلاله بالتزامه[2] .

ويلاحظ أن فسخ الدخل الدائم هنا مقيد بتأخر المدين عن دفع الأقساط مدة سنتين متواليتين . فلو تأخر مدة أقل من سنتين ، لم يجز للدائن طلب الفسخ ، وإنما يجوز له إجبار المدين على دفع المتأخر

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٦ (موافق — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٧) .

(٢) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢١ ص ٢٣٥ (ويذهب إلى أن هذا ليس بفسخ بل هو سقوط للأجل) . على أن الفسخ هنا لا يكون للقاضى فى الحكم به سلطة تقديرية ، بل يجب أن يحكم بالفسخ (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٣٣ — وقارن جوسران ٢ فقرة ١٣٥٧) .

على النحو الذى بيناه فيما تقدم[1] . كذلك لا يكون للدائن طلب الفسخ ، وإنما يكون له إجبار المدين على دفع المتأخر ، إذا تأخر المدين فى دفع الأقساط سنتين غير متواليتين ، أو تأخر مدة أكثر من سنتين ليس فيها سنتان متواليتان . مثال ذلك أن يتأخر المدين فى الدفع سنة ، ثم يدفع السنة التالية ويقبل منه الدائن هذا الدفع ، ثم يتأخر فى الدفع السنة الثالثة . فهنا قد تأخر المدين عن الدفع فى السنة الأولى وفى السنة الثالثة . فلا يستطيع الدائن طلب الفسخ لأن السنتين اللتين تأخر عن الدفع فيهما ليستا متواليتين . فإذا دفع المدين عن السنة الرابعة وقبل منه الدائن هذا الدفع ، وتأخر عن الدفع فى السنة الخامسة ، فيكون قد تأخر فى الدفع ثلاث سنوات — السنة الأولى والسنة الثالثة والسنة الخامسة — فإنه لا يكون مع ذلك قد تأخر فى الدفع سنتين متواليتين ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب الفسخ ، وليس له إلا إجبار المدين على دفع المتأخر .

٣٣٧ — الحالة الثانية — تقصير المدين فى تقديم التأمينات أو انعدام هذه التأمينات . وإذا وعد المدين بتقديم تأمينات ولم يقدمها ، أو انعدمت التأمينات التى قدمها كلها أو بعضها ولم يقدم بديلا عما انعدم ، جاز للدائن هنا أيضاً أن يجبر المدين على الاستبدال فيسترد منه رأس المال . وليس هذا عن طريق فسخ الدخل الدائم ، بل عن طريق سقوط الأجل[2] . فقد رأينا أن الأجل يسقط إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه من التأمينات ، أو إذا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٧ . وليس هذا الحكم من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن التأخر سنة عن دفع الأقساط يكفى للفسخ ، كما يجوز الاتفاق على أن الفسخ لا يكون إلا إذا تأخر المدين عن الدفع ثلاث سنين أو أكثر (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٩٠) .

(٢) ومن ثم لا يحتاج الدائن إلى طلب حكم بالفسخ ، ولا يجوز منح المدين نظرة الميسرة إذا ما طلب الدائن من القاضى تقرير أن الأجل قد سقط .

أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً[1] . فيجب إذن تفسير المادة ٥٤٧ (حرف ب) مدنى فى ضوء ما تقدم[2] .

٣٣٨ — الحالة الثالثة — إعسار المدين أو إفلاسه : وإذا شهر إعسار المدين بالدخل أو شهر إفلاسه ، فإن الأجل يسقط أيضاً فى هذه الحالة[3] ، ومن ثم يجوز للدائن إجبار المدين المعسر أو المفلس على الاستبدال ورد رأس المال .

المبحث الثانى

كيف يتم الاستبدال

٣٣٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك » .

---

(١) انظر م ٢٧٣/٢و٣ مدنى — والوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وعلى ذلك يجب التفريق بين ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى فعل المدين ، فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما كانت عليه ، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فيكون الخيار له لا للدائن . ويجب أن تفهم التأمينات أيضاً على أنها تشمل كل تأمين خاص ، ولو أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون أو بحكم من القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٦) .

(٣) انظر م ٢٧٣/١ مدنى — والوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٢ .

« ٢ — وفى الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٧[٢] . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم ترد فيه نصوص فى الدخل الدائم .

٣٤٠ — الحالات التى يتم فيها الاستبدال — التمييز بين فرضين : ويضع النص المتقدم الذكر قواعد يتم على مقتضاها الاستبدال برد رأس المال إلى الدائن . وهـذه القواعد تسرى فى جميع الحالات التى يتم فيها الاستبدال ، سواء فى ذلك الحالات التي يطلب فيها المدين الاستبدال على النحو الذى قدمناه أو الحالات التى يجبر فيها على الاستبدال وفقاً لما أسلفناه ، أى سواء كان الاستبدال بإرادة المدين أو كان جبراً على المدين :

ويجب فى هذا الصدد أن نميز بين فرضين :

١ — إذا رتب الدخل فى مقابل مبلغ من النقود .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٥٧٦ فى المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٧ (موافق — انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٣٨) .

٢ – إذا رتب الدخل فى مقابل غير النقود أو بغير مقابل .

٣٤١ – ترتيب الدخل فى مقابل مبلغ من النقود : يترتب الدخل فى مقابل مبلغ من النقود إذا كان قرضاً وكان ما دفعه الدائن إلى المدين مبلغاً من النقود ، أو إذا كان بيعاً قدر فيه الثمن مقداراً معيناً من النقود ثم حول إلى إيراد دائم .

فنى هذه الأحوال يكون رأس المال مقداراً معيناً من النقود معروفاً منذ ترتيب الدخل . فنى الاستبدال ، يكون هذا المقدار المعين من النقود هو الواجب الرد ، إذ هو رأس المـال الواجب رده إلى الدائن وقد تعين منذ البداية .

ويجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أقل من هذا المقدار ، ويحمل ذلك على أن الدائن قد تبرع للمدين مقدماً بالفرق ، أو أنه عوض عن هذا الفرق بما قبضه من أقساط روعى فى تقديرها هذا التعويض : ولكن لا يجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أكثر من هذا المقدار ، لأن فى ذلك شبهة الربا الفاحش[1] .

٣٤٢ – ترتيب الدخل فى مقابل غير النقود أو بغير مقابل : وقد يترتب الدخل فى مقابل غير النقود ، كما إذا ترتب بموجب بيع جعل

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا حق الرد ، سواء لأن المدين اختاره أو لأنه أجبر عليه ، فإن كان رأس المال مبلغاً من النقود ، كان هذا المبلغ هو الواجب الرد ، ويجوز الاتفاق على أن يرد مبلغ أقل . أما الاتفاق على مبلغ أكبر ففيه شبهة الربا الفاحش » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٦) .

وتنتفى هذه الشبهة لو أنه اشترط رد مبلغ أكبر ، دون أن تكون الزيادة لو أضيفت إلى ما قبضه الدائن من أقساط الدخل تجاوز الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية (انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٢) .

الثمن فيه رأسا الدخل الدائم دون تقدير سابق للثمن[٢] ، وكما إذا ترتب بموجب قرض كان رأس المال فيه أشياء مثلية غير النقود وكان الدخل مبلغاً من النقود . كذلك قد يترتب الدخل بغير مقابل ، كما هى الحال فى ترتيب الدخل بهبة أو بوصية .

ففى جميع هذه الأحوال لا يكون رأس المال مقداراً معيناً من النقود معروفاً من قبل ، بل هو إما عين بيعت بدخل دائم ، وإما أشياء مثلية غير النقود أقرضت فى مقابل دخل دائم ، وإما لا وجود له أصلا إذا رتب الدخل الدائم عن طريق التبرع . فعمد المشرع إلى طريقة لتقدير رأس المال على الوجه الآتى : يؤخذ مقدار الدخل فى السنة أساساً لهذا التقدير ، ويقدر رأس المال بحيث يكون هذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانونى . فإذا كان مقدار الدخل فى السنة مائة مثلا فى مسألة مدنية ، قدر رأس المال بحيث تكون المائة هى فائدته محسوبة بسعر ٤٪ ، فيكون رأس المال فى هذه الحالة ألفين وخمسمائة .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٢ .

الباب الرابع

عقد الصلح

(*)

مقدمة

٣٤٣ – التعريف بعقد الصلح ومقوماته – نص قانونى :

تنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه »[1] .

(*) مراجع : أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة جزء ٦ – بودرى وقال الطبعة الثالثة جزء ٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه الطبعة الثانية جزء ١١ – بلانيول وريبير وبولانچيه الطبعة الثالثة جزء ٢ – كولان وكابيتان ودى لامور انديير طبعة عاشرة جزء ٢ – جوسران طبعة ثانية جزء ٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ه لفظ transaction جيرو – (Giraud) فى الصلح رسالة من ليون سنة ١٩٠١ – فرويمسكو (Froimesco) فى الغلط فى الصلح رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – بوابيه (Boyer) فى الصلح رسالة من تولوزسنة ١٩٤٧ – ميرل (Merle) فى النظرية العامة فى التصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ .

الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة جزء أول – الأستاذ محمد على عرفة سنة ١٩٤٩ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فى العقود المسماة سنة ١٩٥٣ – الأستاذ أكثم أمين الخولى فى العقود المدنية سنة ١٩٥٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان نزاعاً محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما عن ادعاء له يتصل برابطة قانونية قائمة بينهما » وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من النص ، واستعيض عنها بعبارة يفهم منها أن الصلح يتم بأن ينزل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاء له ، والتعديل يجعل المعنى أدق ، دون أن يغير من جوهر التعريف وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٩ – ص ٤٤١) . =

ويخلص من هذا النص أن للصلح مقومات ثلاثة هى :

١ — نزاع قائم أو محتمل .

٢ — نية حسم النزاع .

٣ — نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

٣٤٤ — نزاع قائم أو محتمل : أول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل . فإذا لم يكن هناك نزاع قائم ، أو فى القليل نزاع محتمل ، لم يكن العقد صلحاً ، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقى ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا[1] .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، وحسمه الطرفان بالصلح ، كان هذا الصلح قضائياً (judiciaire) . ولكن يشترط ألا يكون

= ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٣٢/٦٥٣ : الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل أو لمنع وقوعه .

(وتعريف التقنين السابق يتفق مع تعريف التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدنى السورى م ٥١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٨ : الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضى .

(ولا ينص التعريف على وجوب التضحية من الجانبين ، ولكنه فى مجموعه يتفق مع تعريف التقنين المصرى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٣٥ : الصلح عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل .

(وتعريف التقنين اللبنانى يتفق مع تعريف التقنين المصرى) .

(١) قارب استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٠ .

قد صدر حكم نهائى فى النزاع ، وإلا انحسم النزاع بالحكم لا بالصلح[١] . على أن النزاع المطروح على القضاء يعتبر باقياً ، ومن ثم يكون هناك محل للصلح ، حتى لو صدر حكم فى النزاع إذا كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف أو بالطرق غير العادية كالنقض والتماس إعادة النظر[٢] . وحتى لو صدر حكم نهائى غير قابل للطعن فيه ، فإنه يجوز أن يجد نزاع بين الطرفين على تنفيذ هذا الحكم أو على تفسيره ، فهذا النزاع أيضاً يجوز أن يكون محلا للصلح[٣] .

وليس من الضرورى أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوقى هذا النزاع ، ويكون فى هذه الحالة صلحاً غير قضائى (extrajudiciaire) .

والمهم أن يكون هناك نزاع جدى ، قائم أو محتمل[٤] ، ولو كان أحد

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ . وكانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص على أن « يكون الصلح قابلا للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » . فهنا انعدم النزاع لحسمه بالحكم النهائى ، فلا يقوم الصلح بعد ذلك .

(٢) استئناف وطنى ١٨ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ ص ١٠١٤ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٨ – وقارن الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٨٩ – ص ٣٩٠ والأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٣ هامش رقم ٥ .

(٤) والفرق بين النزاع القائم والنزاع المحتمل أن الأول يتضمن أمرين : تعارض المصالح والمطالبة القضائية . أما النزاع المحتمل فيتضمن تعارض المصالح ومجرد إمكان المطالبة القضائية التى توافرت شروطها ولكنها لم تقع فعلا (بوابيه فى الصلح ص ٤٠ – الأستاذ أكثم الخولى ص ٩ هامش رقم ١) . فإذا لم يوجد نزاع قائم أو محتمل ، لم يكن العقد صلحاً . ومن ثم لا يعتبر الشرط الجزائى صلحاً ، لأنه شرط اتفق عليه الطرفان لا حسما لنزاع قائم أو لنزاع محتمل توافرت فيه شروط الدعوى دون أن ترفع ، بل هو اتفاق على تعيين مقدار التعويض مقدماً قبل أن تتوافر شروط الدعوى وقبل أن يمكن رفعها (الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٥ ص ١٠) .

الطرفين هو المحق دون الآخر وكان حقه واضحاً ، ما دام هو غير متأكد من حقه[١] . فالمعيار إذن هو معيار ذاتى محض ، والعبرة بما يقوم فى ذهن كل من الطرفين لا بوضوح الحق فى ذاته[٢] .

وقد يكون النزاع فى القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانونى . والصلح فى هذه الحالة يكون صحيحا ، حتى لو كان السند فى نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، فالعبرة كما قدمنا بما يقوم فى ذهن الطرفين ، حتى لو قام الصلح على غلط فى القانون وقع فيه أحد الطرفين فسنرى أن الغلط فى القانون لا يبطل الصلح[٣] .

وقد يكون النزاع فى الواقع لا فى القانون ، كما إذا قام نزاع بين المسئول والمضرور هل وقع خطأ من المسئول أو لم يقع ، أو قام نزاع على مدى التعويض بفرض أن المسئول مقر بالخطأ . فيحسم الطرفان بالصلح هذا النزاع ، والعبرة كما قدمنا بما يقوم فى ذهن كل منهما مهما كان الواقع فى ذاته واضحاً لا مجال فيه للشك .

٣٤٥ — نية حسم النزاع : ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إذا كان قائماً ، وإما بتوقيه إذا كان محتملا . فإذا

---

(١) وقد يكون متأكداً من حقه ، بل ولا يشك فى نتيجة التقاضى وأنه سيحصل على حكم لصالحه ، ومع ذلك يقدم على الصلح ، لأنه يريد توقى طول إجراءات التقاضى ، أو يريد أن يتفادى طرح الخصومة أمام القضاء وما قد يستتبع ذلك من علانية وتشهير . فى هذه الحالة يكفى احتمال قيام النزاع ، دون حاجة إلى قيام الشك حتى فى نتيجة التقاضى . وسنرى أنه يكفى فى عنصر التضحية من الجانبين أن أحد الجانبين ينزل عن جزء من ادعائه فى نظير أن ينزل الآخر عن التقاضى (انظر ما يلى فقرة ٣٤٦ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧) .

(٢) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٠٢ .

(٣) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٠٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ .

تنازع طرفان على ملكية منقول قابل للتلف ، واتفقا على بيعه تفادياً لتلفه وإيداع الثمن خزانة المحكمة ، على أن تبت المحكمة فيمن منهما هو المالك فيكون الثمن من حقه ، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحاً لأنه لم يحسم النزاع الواقع على ملكية المنقول . وقد قضى بأنه لا يعتبر صلحاً تعهد أحد الخصمين للآخر ، أثناء نظر الدعوى ، ببيع العقار محل النزاع بشروط معينة ، لأن هذا التعهد لم يتناول البت فى شىء من موضوع النزاع بين الطرفين[1] . وقضى أيضاً بأنه إذا اتفق الخصمان ، فى دعوى فسخ قائمة بينهما ومتعلقة ببيع عين من أحدهما إلى الآخر ، على بيع هذه العين بيعاً معلقاً على شرط صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، لم يكن هذا الاتفاق صلحاً لأنه لم يحسم النزاع فى دعوى الفسخ[2] .

ولكن ليس من الضرورى أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقى للمحكمة تتولى هى البت فيه[3] . كذلك يجوز للطرفين أن يتصالحا حسماً للنزاع ، ولكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكماً بما تصالحا عليه ، فيوجهان الدعوى على هذا الأساس حتى يصدر من المحكمة الحكم المرغوب فيه (jugement d'expédient) ، فيكون هذا صلحاً بالرغم من صدور الحكم[1] .

---

(١) استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٦ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٨٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩ — رفضت محكمة إيتاى البارود بأنه إذا ظهر أن النص فى العقد المعنون بالصلح بالتزام كل من المتداعيين بأتعاب محامين كان بعيداً عن أصل الالتزام المراد إنهاؤه صلحاً مع بقاء هذا الالتزام مقراً به برمته ، وجب الفصل فى الدعوى على ألا صلح فيها (٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٩ ص ٧٩٠) .

(٣) بلانيول وريبير و ساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ .

(٤) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢١٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ — وهذا غير أن يتقدم الطرفان بالصلح إلى المحكمة التصديق عليه ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

٣٤٦ – نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعائه : ويجب فى الصلح أن ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه[١]. فلو لم ينزل أحدهما عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه ، لم يكن هذا صلحا ، بل هو محض نزول عن الادعاء . فإقرار الخصم لخصمه بكل ما يدعيه ، أو نزوله عن ادعائه ، لا يكون صلحاً . وهذا هو الذى يميز الصلح عن التسليم بحق الخصم (acquiescement) ، ويميزه عن ترك الادعاء (désistement) . ففى التسليم بالحق وفى ترك الادعاء حسم للنزاع ، ولكن بتضحية من جانب واحد ، أما الصلح فيجب أن يكون تضحية من الجانبين[٢] .

وليس من الضرورى أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير . ففى التسليم بحق الخصم وفى ترك الدعوى ، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل فى مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ، كان هذا صلحاً مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول[٣] . بل قد

---

(١) انظر فى طبيعة هذا النزول المتبادل ، وفى أنه نزول لا حوالة حق متنازع فيه : بوابيه فى الصلح ص ٣٠٩ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧ – وانظر فى أن موضوع النزول هو حق الدعوى لا الحق ذاته ولا مجرد الادعاء الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ – ١٧ يوليه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٣ ص ٢٥٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٣ .

(٣) فإذا أقر المدعى عليه بمبلغ الدين كله ، ولكنه اتفق مع المدعى على أن يدفع جزءاً بعد أجل ، فإمهال الدائن لمدينه فى دفع جزء من الدين إلى أجل يعد تركا منه لشيء من حقوقه ، ويكون هذا صلحا ، وتكون المحكمة مخطئة فى رفض التصديق عليه بدعوى أن المدين أقر بالدين كله ، وكان ينبغى أن تصدق عليه حتى يتمكن الخصوم من استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم (مذكرة اللجنة القضائية رقم ٣٢ فى ١٤ مايو سنة ١٩١٢ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ١ ص٤٩٩ هامش رقم ١) . انظر أيضا : نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة —

يعمد شخص إلى الصلح مع خصمه حتى يتفادى التقاضي بما يجر من إجراءات معقدة وما يجشم من مصروفات باهظة وما يستغرق من وقت طويل ، أو حتى يتفادى علانية الخصومة والتشهير فى أمر يؤثر كتمانه ، فينزل عن جزء من ادعائه لهذا الغرض حتى يسلم له الخصم بباقى حقه ، فيحصل عليه فى يقين ويسر أو فى سكون وتستر(1) .

٣٤٧ – تمييز الصلح عن غيره مما يلتبس به : يلتبس الصلح بالتحكيم فى أن كلا منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائى . ولكن التحكيم يختلف عن الصلح اختلافاً بيناً ، ففيه يتفق الطرفان على محكمين يبتون فى نزاعهم . فالذى يبت فى النزاع فى التحكيم (compromis) هم

= أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص٨٥ – أما إذا حصل الدائن على إقرار كامل بحقه دون أن ينزل عن شيء منه أو يبذل أية تضحية ، فهذا إقرار من المدين وليس صلحاً (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢) .

(٧) ويؤثر بذلك صلحاً يخسر فيه على قضية يكسبها (Une mauvaise transaction vant mieux qu'un bon procès) (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٢) .

وكما يتحقق الصلح لو أن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، كذلك يتحقق لو أن أحد الطرفين نزل عن كل ادعائه فى مقابل مال آخر خارج عن موضوع النزاع ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار ثم اصطلحا على أن يأخذ أحدهما الدار فى نظير أن يعطى للآخر أرضاً أو مبلغاً من النقود لم يكن داخلا فى النزاع . ويسمى المال الذى أعطى فى نظير الصلح بدل الصلح . وإذا كان الصلح كاشفاً بالنسبة إلى الدار الداخلة فى النزاع ، فإنه يكون ناقلا بالنسبة إلى بدل الصلح (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧٥ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٠ ص ١٦ – ص ١٧) . على أنه حتى فى هذه الصورة يمكن القول بأن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، فمن خلصت له ملكية الدار نزل عن جزء من ادعائه فيها واشترى هذا الجزء الذى نزل عنه بما دفعه إلى الآخر فخلصت له الدار كاملة ، ومن أخذ النقود نزل عن جزء من ادعائه وباع الجزء الآخر الذى لم ينزل عنه بالنقود التى أخذها (الأستاذ أكثم الخولى ص ١٦ هامش رقم ٢) .

المحكمون ، أما فى الصلح (transaction) فهم أطراف الخصومة أنفسهم . والتحكيم لا يقتضى تضحية من الجانبين ، على خلاف الصلح ، إذ المحكمون كالقضاة يحكمون لمن يرون أن له حقاً بحقه كله[1] . وإجراءات التكحيم وقواعده يبينها قانون المرافعات .

وقد رأينا أن الصلح يختلف عن التسليم بالحق (acquiescement) وعن ترك الادعاء (désistement) ،فى أن الصلح يقتضى حتما تضحية من الجانبين ، أما التسليم بالحق وترك الادعاء فيتضمنان تضحية من جانب واحد هو الجانب الذى سلم بحق الخصم أو ترك الادعاء . وكذلك يختلف الصلح عن إجازة العقد القابل للإبطال ، فى أن الإجازة تتضمن نزولا محضاً عن الحق فى إبطال العقد . ولكن إذا كان هناك نزاع بين المتعاقدين فى جواز إبطال البيع مثلا ، وتصالحا فأجاز المشترى البيع ونزل البائع فى مقابل ذلك عن جزء من الثمن ، فهذا صلح لأنه يتضمن تضحية من الجانبين . وظاهر أن الصلح يختلف عن الإبراء فى أن الإبراء نزول كامل عن الحق من أحد الجانبين ، أما الصلح فنزول جزئى من كل من الجانبين ، وإن كان كل منهما يحسم النزاع :

ويختلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة ، فى أن الصلح يتضمن تضحية من الجانبين ، أما توجيه اليمين الحاسمة فلا يتضمن إلا تضحية من جانب واحد هو الجانب الذى وجه اليمين ، إذ يكسب الجانب الآخر الذى يحلف اليمين كل ما يدعيه[2] .

---

(١) ويكون هناك صلح لا تحكيم إذا نزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه ، وتركا تقدير مدى ما يدفعه كل منهما للآخر إلى خبير بعد أن يحددا فى الصلح الأسس التى يبنى عليها الخبير تقديره (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٤٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٢٥) .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٢٩ .

وقد يستر الصلح هبة أو بيعاً ، إذا كان أحد الطرفين ، تحت ستار الصلح ، إنما نزل عن حقه للآخر دون مقابل ، أو باعه منه بثمن معين[1] . كذلك قد يستر الصلح قسمة رضائية إذا أفرز المتقاسمون أنصبتهم فى المال

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٨ ص ٢٤٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٥٧ .

وقد نصت المادة ٦٦١/٥٣٩ من التقنين المدنى السابق على أنه « إذا كان العقد المعنون باسم الصلح يتضمن فى نفس الأمر هبة أو بيعاً أو غيرهما ، أياً كانت الألفاظ المستعملة فيه ، فالأصول السالف ذكرها لا تجرى إلا إذا كانت موافقة لنوع العقد المعنون بعنوان الصلح » . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً مقابلا هو المادة ٧٤٠ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحاً إنما ينطوى ، رغم هذه التسمية ، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى ، فإن أحكام العقد الذى يستره الصلح هى التى تسرى على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التى تترتب عليه » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « إذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة ، بل نزل أحد الطرفين عن ادعائه ولم ينزل الطرف الآخر عن شىء ، كما إذا اعترف حائز العقار بملكيته لمدعيها وأعطاه مبلغاً من النقود نظير التنازل عن الدعوى ، فلا يكون هذا صلحاً بل بيعاً . فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل ، كان هذا هبة . وتطبق أحكام البيع والهبة » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥ فى الهامش) .

ونصت المادة ٧٠٧ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا كان المدعى به عيناً معينة ، وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عليها بمال معلوم ، صح الصلح وكان حكمه حكم البيع » . ونصت المادة ٧٠٨ من نفس التقنين على أنه « إذا ادعى شخص على آخر عيناً فى يده معلومة كانت أو مجهولة ، وادعى عليه الآخر بعين كذلك فى يده ، واصطلحا على أن يكون ما فى يد كل منهما فى مقابلة مافى يد الآخر ، صح الصلح وكان فى معنى المقايضة فتجرى عليه أحكامها ولا تتوقف صحته على صحة العلم بالعوضين » . ونصت المادة ٧٠٩ على أنه « إذا صالح المدعى خصمه على بعض المدعى فيه ، كان هذا أخذاً لبعض حقه وإسقاطاً لباقيه » . ونصت المادة ٧١٠ على أنه « فى جميع الأحوال إذا انطوى الصلح على هبة أو بيع أو أى عقد آخر ، فإن أحكام هذا العقد هى التى تسرى على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التى تترتب عليه » .

ونصت المادة ١٠٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « إذا كان العقد الذى سمى مصالحة ينطوى فى الحقيقة على هبة أو بيع أو غير ذلك من العقود خلافاً لما يؤخذ من عبارته ، فإن صحته ومفاعيله تقدر وفاقاً للأحكام التى يخضع لها العقد الذى تنطوى عليه المصالحة » .

المشترك بالتراضى ، وحصل كل منهم على ما يعتقد أنه نصيبه كاملا ، وإن سموا القسمة صلحاً . أما إذا كان هناك نزاع بينهم فى مقدار نصيب كل منهم ، فاقتسموا المال الشائع بحسب أنصبة تصالحوا عليها وسموا العقد قسمة ، فإن القسمة هنا تستر صلحا(٢) .

وفى المثل الأخير الذى تستر القسمة فيه الصلح ، يوجد فى الواقع عقدان ، صلح وقسمة ، اختلط أحدهما بالآخر : صلح على مقدار نصيب كل من المتقاسمين وهذا هو عقد الصلح ، وإفراز لنصيب كل منهم وهذا هو عقد القسمة . وقد يختلط الصلح بعقود أخرى ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض ، ثم تصالحا على أن يكون لأحدهما الدار وللآخر الأرض ، وفى الوقت ذاته باع أحدهما للآخر ما وقع فى نصيبه بموجب الصلح ، فهنا اختلط عقد الصلح بعقد البيع . وفى جميع الأحوال التى يختلط فيها عقد الصلح بعقد آخر ، قد يرتبط العقدان ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث إذا أبطل أحدهما وجب إبطال الآخر ، وقد يكونان قابلين للتجزئة فيبطل أحدهما ويبقى الآخر قائماً ، ويرجع فى ذلك إلى نية الطرفين مستخلصة من الملابسات والظروف(٣) .

ويخلص مما قدمناه أن القاضى هو الذى يكيف الاتفاق بأنه صلح أو بأنه عقد آخر ، وفقاً لعناصر الصلح التى قدمناها . ولا يتقيد فى ذلك بتكييف الخصوم ، فقد يسمى الخصوم الصلح باسم عقد آخر أو يسمون عقداً آخر باسم الصلح كما رأينا . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى وجود عناصر

---

(١) استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ — ص ١٠١٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٣٠ — فقرة ٣١ . من ثم لا يجوز الطعن فى القسمة التى تستر صلحاً بالغبن كما يجوز ذلك فى القسمة (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٦٧ — فقرة ١٦٩).

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٦٨ .

الصلح من حيث الواقع ، فيقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أو محتمل ، وما إذا كانت نية الطرفين حسم النزاع ، وما إذا كانت هناك تضحية من الجانبين ، فتتوافر بذلك عناصر الصلح ، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض . أما وجوب توافر هذه العناصر جميعاً ليكون العقد صلحاً فهذه مسألة قانون لا يستقل بها قاضى الموضوع ، بل تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا لم يستظهر قاضى الموضوع عناصر الصلح على النحو الذى قدمناه ، أو استظهرها ولكنه أخطأ فى تكييفها القانونى ، فإن حكمه يكون قابلا للنقض[١] .

٣٤٨ – **خصائص عقد الصلح** : والصلح عقد من عقود التراضى ، فلا يشترط فى تكوينه شكل خاص ، بل يكفى توافق الإيجاب والقبول ليتم الصلح . وسنرى أن الكتابة ضرورية ، ولكن لإثبات الصلح لا لانعقاده .

وهو عقد ملزم للجانبين ، إذ يلتزم كل من المتصالحين بالنزول عن جزء من ادعائه فى نظير تنازل الآخر عن جزء مقابل . فينحسم النزاع على هذا الوجه ، ويسقط فى جانب كل من الطرفين الادعاء الذى نزل عنه ، ويبقى الجزء الذى لم ينزل عنه ملزماً للطرف الآخر .

وهو عقد من عقود المعارضة . فلا أحد من المتصالحين يتبرع للآخر ، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل ، هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه . وقد يكون الصلح عقـداً محدداً (commutatif) كما هو الغالب ، فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغاً أقل على سبيل الصلح ، فهنا قد عرف كل منهما

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٩ – وإذا ظهر أن الصلح يستر عقداً آخر ، فأحكام هذا العقد الآخر هى الواجبة التطبيق (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧) .

مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد[1] . أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيراداً مدى الحياة فى مقابل حصته فى الميراث المتنازع فيها ، فالعقد هنا احتمالى[2] .

وسنرى فيما يلى أن الصلح أيضاً عقد كاشف للحقوق لا منشئ لها ، وأنه عقد غير قابل للتجزئة فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله[3] .

٣٤٩ – التنظيم التشريعى لعقد الصلح : وضع التقنين المدنى الجديد عقد الصلح بين العقود الواردة على الملكية ، لا لأنه ينقل الملكية كما هو الأمر فى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، إذ الصلح عقد يكشف عن الحقوق لا ينقلها ، بل لأنه يتضمن نزولا من كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه ، والنزول عن الحق يرد على كيانه بالذات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « دخل الصلح ضمن العقود التى ترد على الملكية ، لا لأنه ينقلها ، فسيأتى أن الصلح كاشف للحقوق لا ناقل لها ، بل لأنه يتضمن تنازلا عن بعض ما يدعيه الطرفان من الحقوق ، والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا مجرد ما ينتجه من الثمرات »[4] .

وجاء التقنين الجديد أقرب إلى المنطق فى ترتيب نصوص الصلح من التقنين السابق ، فقسمها إلى أقسام ثلاثة . عرض فى الأول منها إلى أركان

---

(١) بون فقرة ٤٦٢ – جيوار فقرة ٨٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٢٢ .

(٢) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢١٥ .

(٣) انظر فى كل ما تقدم بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٧ – قارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٢ ص ٥ : ويعترض بأن الصلح قد يتضمن تنازلا عن حق شخصى فلا يكون إذن واردا على الملكية . ويدفع هذا الاعتراض أن التنازل عن حق شخصى هو تنازل عن كيان الحق ذاته أو عن ملكيته ، كما أن حوالة الحق هى نقل لملكية الحق من دائن قديم إلى دائن جديد .

الصلح ، فذكر الرضاء والأهلية والمحل والسبب ، واستطرد إلى إثبات الصلح . وعرض فى القسم الثانى إلى آثار الصلح ، فبين أثره من حيث حسم النزاع ، ومن حيث أنه كاشف لا منشئ ، وقرر أن هذه الآثار يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لا توسع فيه . وعرض فى القسم الثالث إلى بطلان الصلح ، فبين أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون ، وأن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله[1] . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى فسخ الصلح ، إذا أضيف إلى النص الخاص بالبطلان سوغ على وجه ما أن يكون هناك قسم ثالث لانقضاء الصلح . ولكن هذا النص حذف كما سنرى فى لجنة المراجعة ، ومع ذلك بقى القسم الثالث لا يتضمن إلا بطلان الصلح ، وكان الأولى إدماجه فى القسم الأول المتعلق بأركان الصلح . وهذا ما سنسير عليه فى بحثنا .

٣٥٠ — أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق فى عقد الصلح : بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[2] أهم هذه الفروق فيما يأتى :

١ — عرض التقنين الجديد صراحة لإثبات الصلح ، فأوجب أن يكون بالكتابة . وهذا تقنين للقضاء المختلط فى هذه المسألة .

٢ — ذكر التقنين الجديد صراحة الأثر الكاشف للصلح ومبدأ عدم التجزئة .

٣ — بيّن التقنين الجديد فى وضوح أن الطعن فى الصلح بالبطلان بسبب غلط فى القانون لا يجوز ، وترك بقية أسباب البطلان للقواعد العامة .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٧ .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٨ .

٤ — أغفل التقنين الجديد نصين فى التقنين السابق اكتفى فيهما بتطبيق القواعد العامة ، هما المادة ٥٣٦/٦٥٨ وهى تتعلق بالغلط فى أرقام الحساب ، والمادة ٥٣٧/٦٥٩ وهى خاصة بانتقال التأمينات لتضمن الوفاء بالصلح[1].

٣٥١ — خطة البحث : ونبحث عقد الصلح فى فصلين : الفصل الأول فى أركان الصلح ، والفصل الثانى فى آثاره .

(١) وأغفل أيضاً نصاً ثالثاً هو المادة ٥٣٩/٦٦١ ، وهى المتعلقة بستر الصلح لعقد آخر ، هبة أو بيع أو غير ذلك ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٣٤٧ فى الهامش) .

الفصل الأول

أركان الصلح

٣٥٢ – **أركانه ثلاثة**: للصلح، كما لسائر العقود، أركان ثلاثة: التراضي والمحل والسبب.

الفرع الأول

التراضي في عقد الصلح

٣٥٣ – **شروط الانعقاد وشروط الصحة**: نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي، ثم في شروط صحة التراضي.

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٣٥٤ – **توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد الصلح**: قدمنا أن عقد الصلح من عقود التراضي، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المتصالحين[1].

---

(١) وإذا عرض شخص الصلح على المضرور فلم يقبله هذا، لم يكن هذا الشخص مقيداً بعرضه، وجاز له أن يناقش مبدأ المسئولية ذاته (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١). وإذا رفض شخص الصلح المعروض عليه من آخر، سقط الإيجاب، ولم يجز التمسك به بعد ذلك (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤). وإذا أظهر الدائن استعداداً للنزول عن جزء من حقه ولم يستجب المدين لهذا العرض، جاز للدائن بعد رفض المدين أن يطالب بحقه كله، ولا يحتج عليه بما سبق أن عرضه ورفضه المدين (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤). وسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يعتبر –

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد . فيجب تبين متى تم الاتفاق نهائياً بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض فى الصلح ما دام الاتفاق النهائى لم يتم .

وقد يقبل المضرور من المتسبب فى الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحاً . ذلك أن المتسبب فى الضرر لم يرد بهذه العطية أن يقر بمبدأ المسئولية ، ولم يرد المضرور بقبولها أن يصالح على حقه فى التعويض . فيبقى الباب مفتوحاً لمساءلة المتسبب فى الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يحتج بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع المضرور أن يحتج بأن المتسبب فى الضرر قد أقر بمسئوليته(1) .

وتسرى على انعقاد الصلح بتوافق الإيجاب والقبول القواعد العامة فى

= قبولا ، لأن الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال (محكمة مصر الوطنية ٢ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٥ رقم ٣/٣٧٥ ص ٤٣٨) .

والإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ ، فلا يجوز قبوله جزئياً (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢) . والقبول يجوز أن يكون ضمنياً ، فقبول سند إذنى وتظهيره إلى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذى هو سبب السند الإذنى (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . ولا يعتبر قبولا ضمنياً للصلح أن يقبل الشخص جزءاً من حقه المستحق الأداء ، ولو ادعى المدين أنه دفع هذا الجزء على سبيل الصلح ، مادام الدائن لم يظهر أى قبول لهذا الصلح المدعى به (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . والإيجاب الصادر من الدائن بالصلح لا يقيده مادام المدين لم يقبله (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٥ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٤ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٩٦) . وإذا فشل مشروع صلح أعده شخص توسط بين الطرفين ، فلا يحتج على الطرفين بهذا المشروع (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٣ — مستعجل القاهرة ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٥٠ ص ٦٨٧) .

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٤٧ .

نظرية العقد : من ذلك طرق التعبير عن الإرادة ، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ولا بد من وكالة خاصة فى الصلح[1] ، فلا يجوز للمحامى أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصاً عليه فى عقد التوكيل . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى : « لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . على أنه إذا كان هناك توكيل عام فى أعمال الإدارة ، جاز أن يشمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها[2] .

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩ — وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر . وإذن فتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية ، بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسماً للنزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته ، أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته ، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٨٥) . وإذا وكل شخص وكيلين عنه فى الصلح على أن يعملا معاً ، فانفرد أحدهما بإبرام الصلح ، كان الصلح باطلا (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦) .

(٢) بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٥٧١ — وتنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدنى العراقى على أن « الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح ، فإن صالح عن الدعوى الموكل بالخصومة فيها بلا إذن موكله فلا يصح صلحه » . ولا يجوز لوكيل بالعمولة أن يصالح على حقوق موكله دون إذن خاص (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٥) .

٣٥٥ — الصلح القضائى : يقع هذا الصلح بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصدق عليه المحكمة . وقد نصت المادة ١٢٤ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محاضر الجلسة ، ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ، ألحق المكتوب بمحضر الجلسة ، وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التنفيذى واعتباره . وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضى إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضى التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح فى غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجز للقاضى التصديق عليه[1] ، ويعتبر القاضى الصلح الذى عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف[2] . ويعتبر هذا

---

(١) نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧١ ص ١١٣٧ استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٣ ص ١٢٢٣ — محكمة مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧ ص ١٢ .

(٢) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٦ ص ١٤٥ . وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن للقاضى أن يرفض التصديق إذا وجد فى الصلح ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو ما يضر بمصالح الغير كدائن دخل فى التوزيع ولم يكن طرفاً فى الصلح (١٥ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٦٥ — وقارن الأستاذ أكثم الخولى ص ٤١ — ص ٤٢) .

الصلح القضائى ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أى بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضى عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً تم بين الخصمين[1] . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن فى الأحكام ، لأنه لا يعتبر حكماً كما قدمنا ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية[2]. فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب فى دعوى أصلية إبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص فى الأهلية[3] ، أو لغلط فى الواقع ، أو لتدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان[4] . على أنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذا الحكم ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، وإذن فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشىء المحكوم فيه ، وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ – ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) .

(٢) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائى صلحاً وتنازل بهذا الصلح عن الحق فى استئنافه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عقد الصلح محتجاً به على خصمه فى قبوله الحكم الابتدائى وتنازله عن الحق فى استئنافه ، وطلب مؤاخذته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن فى هذا العقد ويدفع حجيته عنه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحا له ، ولا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل فى الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ – عكس ذلك استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٧ . ويكون الصلح المصدق عليه قابلا للفسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً للقواعد المتبعة فى تفسير العقود لا فى تفسير الأحكام (نقض مدنى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٧٦ – استئناف وطنى ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٥٧ ص ٩١) .

لا لأنه حكم بالتطبيق للمادة ١٠٨٥ مدنى ، بل لأنه قد ورد فى شأنه نص خاص يجيز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة ١٠٨٧ مدنى وتجرى على الوجه الآتى : « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع »[1] .

ويجب تمييز الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jungement d'homologation) السابق بيانه . وصورة الحكم الاتفاقى هى أن يعمد الخصمان أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع ، فإذا كان المدعى يطالب المدعى عليه مثلا بخمسمائة ، ثم يتفقان على أن يطالبه بأربعمائة فيسلم له بمدعاه ، فإن المدعى عندئذ يعدل طلباته من خمسمائة إلى أربعمائة ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات[2] . والحكم الصادر بذلك إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى . ولكن هذا الحكم يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، فإن هذا الحكم الأخير ليس حكماً كما قدمنا بل هو عقد وثقه القاضى فى حدود سلطته الولائية ، بينما الحكم الاتفاقى هو حكم حقيقى صدر من

---

(١) انظر فى الخلاف الذى كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق فى جواز الحصول على حق اختصاص الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٢٢ هامش رقم ٤ — وانظر فى كل ما تقدم الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ١ ص ٢٦٥ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٦ — ص ٣٧٨ .الأستاذ أكثم الخولى ص ٤١ — ص ٤٢ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه لا محل لأن يجارى القاضى الخصوم فى هذا السبيل الصورى، فإذا علم بتمام الصلح بين الطرفين وجب عليه أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولائية ، لا أن يصدر حكماً متفقاً عليه (انظر من هذا الرأى : استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣١ — الأستاذ أكثم الخولى ص ٤٣ هامش ٣ — وانظر من الرأى العكسى : استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٣ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) .

القاضى فى حدود سلطته القضائية . ومن ثم يسرى على الحكم الاتفاقى طرق الطعن المقررة فى الأحكام فلا يطعن فيه بدعوى مستقلة[1] ، ويخضع فى تفسيره للقواعد المقررة فى تفسير الأحكام لا فى تفسير العقود ، ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضاه بموجب المادة ١٠٨٥ مدنى لا بموجب المادة ١٠٨٧[2] .

٣٥٦ — إثبات عقد الصلح — نص قانونى : تنص المادة ٥٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى »[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٣ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى وجوب الجمع بين العنصرين الشكلى والموضوعى والاعتداد بكل منهما فى نطاقه ، فلا يجوز الطعن فى الحكم الاتفاقى إلا بطرق الطعن فى الأحكام وفى المواعيد المقررة لها ، ولكن الطعن فى الموضوع يخضع لأحكام الصلح ولأسباب بطلانه ولا يجوز تعديل هذا الحكم جزئياً لأنه من حيث الموضوع صلح تسرى عليه قاعدة عدم التجزئة (الأستاذ أكثم الخولى ص ٤٣ — ص ٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يثبت الصلح إلا بالكتابة ، ٢ — وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عينى على عقار أو نقل هذا الحق أو تعديله أو إنهاءه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وأقرت لجنة المراجعة النص بعد حذف الفقرة الثانية ، تحت رقم ٥٨٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن اشتراط الكتابة فى إثبات الصلح يوهم بوجوب صدور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح قد يثبت فى محضر رسمى أمام القاضى ، فأضيفت إلى النص عبارة « أو بمحضر رسمى » لأن الصلح يقع أحياناً فى المحاكم ويثبت فى محاضرها . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ — ص ٤٤٨) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على اشتراط الكتابة لإثبات الصلح . والعبرة بتاريخ تمام عقد الصلح ، فإن كان هذا التاريخ سابقاً —

ولم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص مماثل ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على وجوب الكتابة لإثبات الصلح لأسباب ترجع إلى أن الصلح يتضمن عادة شروطا واتفاقات معقدة إذ هى ثمرة المساومات الطويلة والأخذ والرد ، فإذا اعتمدنا فى إثباتها على شهادة الشهود فإن ذاكرة الشهود قد لا تعى كل ذلك . هذا إلى أن الصلح قد شرع لحسم النزاع فلا يجوز أن يخلق هو نزاعاً آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالبينة ، وإلى أن المتصالحين يحرصون عادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع فى ورقة مكتوبة[1] .

وقد قنن التقنين المدنى الجديد القضاء المختلط فى هذا الصدد ، فأوجب أن يكون إثبات الصلح بالكتابة للاعتبارات المتقدمة ، حتى لو كانت قيمة الصلح لا تزيد على عشرة جنيهات .

= على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالكتابة لا تشترط طبقاً لأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق ، وإلا فالكتابة واجبة طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧١١ (مطابق وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤١ : عندما تتضمن المصالحة إنشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقارى ، أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إجراء تعديل فيها ، يجب أن تعقد خطا . ولا يكون لها مفعول إلا إذا سجلت فى السجل العقارى . (والكتابة فى التقنين اللبنانى مقصورة على الأحوال المشار إليها فى النص) .

[1] (١) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٢ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ — قارن استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ — وانظر الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١١ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٢٤ .

والكتابة لا تلزم إلا لإثبات الصلح ، فهى غير ضرورية لانعقاده لأن الصلح كما قدمنا من عقود التراضى . ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح ، جاز إثباته بالإقرار وباليمين ، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر الصلح .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، أو إذا فقد السند الكتابى الذى كان معداً من قبل لسبب أجنبى (م ٤٠٣ مدنى) .

ويجوز إثبات الصلح كذلك بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ٤٠٢ مدنى) . وهذه مسألة كان الفقه الفرنسى يذهب فيها مذهباً آخر[1] ، فكان لا يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ولو مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكفى لتوضيح المسائل التى تناولها الصلح والاتفاقات التى تمت بشأنها ، فالاعتبارات التى استوجبت الإثبات بالكتابة ونبذ البينة والقرائن لا تزال قائمة حتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت فى عدة أحكام مطردة بجواز الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن[2] . أما فى مصر ، فلا محل للشك فى جواز إثبات الصلح ،

---

(١) توجب المادة ٢٠٤٤/٢ من التقنين المدنى الفرنسى الكتابة لإثبات الصلح .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ نوفبر سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥ – ١ – ١٠٥ – ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ٤١٦ – ٢ أغسطس سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ – ٢ – ٨٨٣ – ١٢ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ – ٣٩٢ – ٩ يونيه سنة ١٩٤٧ J. C. P. ١٩٤٧ – ٢ – ٣٩٢١ – انظر فى هذه المسألة بودرى وڤال ٤ ٢ فقرة ١٢٢٢ – بيدان ١٢ فقرة ٣٥٧ – جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ ويميلون إلى تأييد محكمة النقض الفرنسية – وانظر =

ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، بالبينة وبالقرائن ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى هذا المعنى إذ تقول : « والكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد ، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار ، ولكن لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، ولو فى صلح لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة »[1] .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا كان متعلقاً بنزاع تجارى ، ففى المسائل التجارية يجوز الإثبات بجميع الطرق أيا كانت القيمة[2] .

وغنى عن البيان أنه فى الأحوال التى يجب فيها إثبات الصلح بالكتابة ، تكفى ورقة عرفية للإثبات . ومن باب أولى يكفى لإثبات الصلح المحضر الرسمى الذى تدون فيه المحكمة الصلح الواقع بين الخصوم[3] ، فإن المحضر الرسمى حجة بما جاء فيه إلى أن يطعن فيه بالتزوير[4] .

= بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٨٥ – إسمان فى أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٤٧ وهامش رقم ٨ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ ويميلون إلى العكس من ذلك وتأييد الفقه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ .

(٢) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٢٤ – وإذا كان الصلح صورياً يخفى تحته عقداً آخر ، فقواعد إثبات الصورية هى التى تسرى ، وبخاصة القواعد الخاصة بورقة الضد (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٨٥) . وإذا نفذ المدعى عليه الصلح تنفيذاً جزئياً ، لم يقبل منه فى إثبات الصلح ضده أن يتمسك بانعدام ورقة مكتوبة (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٩) .

(٣) انظر ما جاء فى لجنة مجلس الشيوخ من أنه إذا حصل الصلح أمام القاضى وأثبت فى المحضر ، فالقاضى يدعو الخصوم إلى التوقيع على هذا المحضر ، فيعتبر الصلح هنا ثابتاً بالكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) .

(٤) وإلى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٥٥٢ مدنى السالفة الذكر ، إذ تقول : « أو بمحضر رسمى » . وقد كانت هذه العبارة غير واردة فى المشروع ، فأضيفت فى لجنة =

المبحث الثانى

شروط الصحة

٣٥٧ — الأهلية والخلو من عيوب الرضاء : شروط الصحة فى عقد الصلح ، كما فى أى عقد آخر ، هى توافر الأهلية فى المتصالحين وخلو إرادة كل منهما من العيوب .

المطلب الأول

الأهلية فى عقد الصلح

٣٥٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح »[١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى المختلط السابق المادة ٦٥٥[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

= مجلس الشيوخ « لأن الصلح يقع أحياناً فى المحاكم ويثبت فى محاضرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) . والذى يقع عادة هو أن يتقدم الخصوم بالصلح الذى تم بينهم موقعاً عليه منهم ، فتدونه المحكمة فى محضر وتصدر حكما بالتصديق على محضر الصلح .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٢ — ص ٤٤٣) .

(٢) التقنين المدنى المختلط السابق م ٦٥٥ : أهلية الصلح فى حق من الحقوق هى أهلية التصرف فى الحق . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

م ٥١٨ — وفى التقنين المدنى الليبي م ٥٤٩ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٣٦[١] .

ونرى من ذلك أن الأهلية الواجب توافرها فى كل من المتصالحين هى أهلية التصرف بعوض فى الحقوق التى تصالحا عليها ، لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعائه فى نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض .

٣٥٩ — البالغ الرشيد : فإذا بلغ الإنسان الرشد ولم يحجر عليه ، كانت له أهلية كاملة فى الصلح على جميع الحقوق .

غير أن هناك حالة خاصة لاحظ فيها المشرع حالة من أدرك سن الرشد وتحاسب مع وصيه السابق فى شؤون الوصاية ، وصدر منه تعهد أو مخالصة لمصلحة هذا الوصى فى خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب . فقد فرض المشرع فى هذه الظروف المريبة أن من أدرك سن الرشد فى تلهفه على وضع يده على أمواله خضع لتأثير الولى السابق ، وتصالح معه على شؤون الوصاية ، وانتهى إلى إمضاء مخالصة للوصى أو تعهد عليه . فنصت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال على أنه « يكون قابلا للإبطال

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٩ (مطابق وانظر أيضاً المواد من ٧٠٠ إلى ٧٠٢ ، وهى أحكام خاصة بالتقنين المدنى العراقى وقد استمدت من الفقه الإسلامى — انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٣٦ : يجب على من يعقد الصلح أن يكون أهلا للتفرغ ، مقابل عوض ، عن الأموال التى تشملها المصالحة .

(وحكم التقنين اللبنانى يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥ » . فالمخالصة التى أمضاها من بلغ سن الرشد ، أو التعهد الذى أخذه على نفسه لمصلحة الوصى ، فرض المشرع أنه صلح تم بين الطرفين ، ولكنه صلح فرضه الوصى على من كان قاصراً مستغلا للظروف التى هو فيها ، فحصل منه على مخالصة أو ابتز منه تعهداً . فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب ، اكتملت القرينة التى فرضها القانون ، لأن هذه المدة ليست كافية لتخلص الشخص من تأثير وصيه السابق ، فجعل المشرع هذه المخالصة أو هذا التعهد — وهذا تعامل ينطوى فى حقيقته على صلح — قابلا للإبطال ، فيجوز لمن كان قاصراً أن يطلب إبطال المخالصة أو التعهد[1] . ولكن الإبطال هنا لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصراً فى عقد الصلح ، فقد بلغ سن الرشد وأصبح أهلا للتصالح على جميع حقوقه كما هو أهل للتصرف فى هذه الحقوق ، وإنما يرجع الإبطال للظروف التى قدمناها ، فقد أقام المشرع قرينة على أن التعامل فى هــذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه ، وهى قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، فالإبطال يرجع إلى عيب فى الإرادة وهو الإكراه المفترض ، لا إلى نقص فى الأهلية . على أن دعوى الإبطال هذه ، وإن كانت قائمة على أساس إكراه مفترض ، تعتبر

---

(١) والنص مقصور على التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق وتكون خاصة بأمور الوصاية ، ويمكن القول بأن كل تعهد أو مخالصة تصدر ممن كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق فى خلال السنة يفترض فيها أنها متعلقة بأمور الوصاية إلى أن يقيم الوصى السابق الدليل على العكس . ولا يسرى النص على صلح أبرم بين من كان قاصراً وورثة الوصى السابق ، أو صلح أبرم بين الوصى السابق وورثة من كان قاصراً ، إذ المقصود حماية من كان قاصراً لا حماية ورثته ، من استغلال الوصى بالذات ، لا من استغلال ورثة الوصى (الأستاذ محمد على عرفة ص ٢٨٥) .

من الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية ، فلا تسقط إلا بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (م ٥٣/١ من قانون الولاية على المال) ، بخلاف دعوى الإبطال للإكراه فإنها تسط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (م ١٤٠ مدنى)[١] .

وما ذكرناه فى خصوص التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان قاصراً وبلغ سن الرشد لمصلحة وصيه السابق ، يسرى أيضاً على التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان محجوراً عليه وفك عنه الحجر لمصلحة القيم السابق .

٣٦٠ — الصبى المميز والمحجور عليه : والصبى المميز ليست له فى الأصل أهلية التصرف فى أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . ويجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقاراً أو محلا تجارياً أو أوراقاً مالية تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه (م ٧ من قانون الولاية على المال) ، أو كان مالا موروثاً إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى هذا المال فيجب هنا أيضاً الحصول على إذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) . فإذا كان الولى هو الجد أو كان النائب عن القاصر وصياً ، فإنه لا يجوز له الصلح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة[٢] (م ١٥ من قانون الولاية على المال للجد و م ٣٩ من نفس القانون للوصى) ، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة بالنسبة إلى الوصى وحده[٣] (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) . والمحجور عليه كالصبى المميز ، وولاية القيم

---

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٥ ص ٣٠ — وقارن الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٨٤ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٢ ص ٩٦٢.

(٣) فولاية الوصى هنا أوسع من ولاية الجد .

فى الصلح على ماله كولاية الوصى فى الصلح على مال القاصر[1] .

على أن الصبى المميز المأذون له فى تسلم أمواله وقد بلغ الثامنة عشرة يجوز له الصلح فى حدود أعمال الإدارة التى هو أهل لها[2] (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) . وكذلك الصبى المميز الذى بلغ السادسة عشرة ، فكانت له أهلية التصرف فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره ، له أن يصالح على ما يكون له أهلية التصرف فيه من كسب[3] (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) . وللصبى المميز ، أيا كانت سنه ، أن يصالح أيضاً على ما يكون له أهلية التصرف فيه فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون الولاية على المال) .

٣٦١ — الصبى غير المميز : أما الصبى غير المميز فلا يملك الصلح كما لا يملك التعاقد بتاتاً لانعدام إرادته . ويجوز للولى أو الوصى أن يصالح على حقوقه فى الحدود التى بيناها عند الكلام فى الصبى المميز[4] .

---

(١) فإذا كان الصلح فى حقيقته إبراء للمحجور من جزء من الدين ، كان نافعاً له نفعاً محضاً وجاز للقيم أن يبرمه دون إذن المحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق الذى حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين من بعض ما عليه من الدين قبل الحجر هو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه ، إذ هو لم يلتزم فيه بشىء جديد ، بل نقصت به التزاماته السابقة إلى حد كبير ، فهو والحالة هذه لا يقتضى الحصول فى شأنه على إذن من المجلس الحسبى (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٦ ص ٥٩٩) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ١ ص ٢٦٩ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥ ص ٢٥ — ٢٦ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٥ .

(٣) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٥ ص ٢٩ — وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥ ص ٢٥ .

(٤) انظر فى كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ١ فقرة ٢٦٩ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٢٧٩ — ص ٢٨٧ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥ ص ٢٤ — ص ٢٦ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٥ — فقرة ١٦ .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية (م ٢٥ عقوبات) والتاجر المفلس (م ٢١٦ تجارى) —

المطلب الثانى

عيوب الرضاء فى عقد الصلح

٣٦٢ — وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب : ورضاء كل من المتصالحين يجب أن يكون خالياً من العيوب ، فيجب ألاّ يكون مشوباً بغلط أو بتدليس أو بإكراه أو باستغلال ، شأن الصلح فى ذلك شأن سائر العقود . ونستبقى الغلط لبحثه مستقلا ، لأهميته الخاصة فى عقد الصلح .

وإذا شاب الرضاء تدليس ، كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة من دلس عليه وفقاً للقواعد العامة . فإذا زور شخص مستندات فى نزاع قائم بينه وبين آخر ، فاعتقد الآخر صحة هذه المستندات وصالحه على هذا الأساس ، جاز له أن يطلب إبطال هذا الصلح للتدليس(١) . وإذا ربح سند جائزة وكتم بائع السند عن مشتريه هذا الأمر ، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن ، ثم صالحه على الفسخ ، فإن هذا الصلح يكون مشوباً بالتدليس(٢) . وإذا ادعى شخص أنه قد وقع فى الحاجة ، فدفع بذلك خصمه إلى قبول الصلح معه ، جاز إبطال الصلح للتدليس(٣) . وإذا

= والمدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (م ٢٥٧ مدنى) ، والمدين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة إلى العقارات المبينة فى التنبيه (م ٦١٦ مرافعات) ، فهؤلاء كما لا يجوز لهم التصرف ، كذلك لا يجوز لهم الصلح . ولكن ذلك لا يرجع إلى نقص فى الأهلية ، بل إلى اعتبارات خاصة بكل منهم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٩٩ — ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٧ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦١ .

دلس التاجر على دائنيه ، فحملهم على الصلح معه حتى لا يشهروا إفلاسه ، جاز للدائنين الطعن فى الصلح بالتدليس(١) .

وإذا شاب الرضاء إكراه ، جاز أيضاً إبطال الصلح وفقاً للقواعد المقررة فى الإكراه . فإذا هدد شخص آخر بإذاعة سر شائن يحط من قدره إذا لم يقبل صلحاً عرضه عليه ، فقبل الآخر الصلح تحت ضغط هذا التهديد ، جاز له أن يطلب إبطال الصلح للإكراه(٢) .

وقد يشوب الصلح استغلال ، فتتبع القواعد المقررة فى الاستغلال . مثل ذلك أن يستغل شخص فى شخص آخر طيشاً بيناً ، فيدفعه إلى قبول صلح يغبن فيه غبناً فادحاً ، فيجوز فى هذه الحالة أن يرفع الطرف المستغل دعوى الاستغلال يطعن بها فى الصلح(٣) .

٣٦٣ — الغلط فى القانون فى عقد الصلح — نص قانونى : تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى : « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون »(٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال صلح أكره عليه ربان سفينة برفع دعوى عليه لا أساس لها ، وترتب عليها توقيع الحجز على سفينته ومنعها من مغادرة الميناء فى اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ٤٤٥ — وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥ ص ٢٧) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٦٠— أما مجرد الغبن دون أن يكون مشوباً باستغلال ، فلا يكون سبباً فى إبطال الصلح (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز الطعن فى الصلح بسبب الإكراه أو التدليس . ٢ — ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغبن أو بسبب غلط فى القانون ، ولكنه يكون قابلا للبطلان إذا شابه غلط مادى وقع فى شخص =

وهذا النص استثناء صريح من القواعد العامة ، فإن هذه القواعد تقضى بأن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للإبطال . وقد نصت المادة ١٢٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد قضى القانون فعلا ، فى المادة ٥٥٦ مدنى السالفة الذكر ، بغير ما تقضى به القواعد

المتعاقد الآخر أو فى صفته أو فى الشىء الذى كان محلا للنزاع » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مقصوراً على ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، لأن بقية الأحكام التى حذفت مستفادة من القواعد العامة ، وصار النص رقمه ٥٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ وص ٤٦١ — ص ٤٦٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق م ٦٥٧/٥٣٥ : لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشىء أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها .

(وكان القضاء فى عهد التقنين السابق يفسر هذا النص بأنه يستبعد الغلط فى القانون كسبب لإبطال العقد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٤ : لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط القانون . ٢ — ويكون باطلا الصلح الذى تم على أساس وثائق تبين فيما بعد أنها مزورة ، وكذلك الصلح الذى أنصب على خصومة تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجهل ذلك أحد المتعاقدين . (وأحكام التقنين الليبى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل — فيبدو أنه يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون كما يجوز الطعن فيه لغلط فى الواقع . ولكن الأستاذ حسن الذنون (فقرة ٢٦٨) يذهب إلى أن الأصل فى التقنين العراقى أنه لا يجوز الطعن فى العقد لغلط فى القانون ، ويدخل الصلح فى هذه القاعدة العامة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٨ : لا يجوز الطعن فى المصالحة بسبب غلط قانونى أو بسبب الغبن . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

العامة ، وبأن الغلط فى القانون فى عقد الصلح لا يجعل الصلح قابلا للإبطال[١] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تعليل هذا الاستثناء ما يأتى : « ويجب التمييز ما بين الغلط فى فهم القانون ، وهذا لا يؤثر فى الصلح على خلاف القاعدة العامة ، والغلط فى الوقائع ، وهذا يؤثر فى الصلح سواء وقع فى الشخص أو فى صفته أو فى الشىء محل النزاع أو فى البواعث الخ ، ما دام الغلط جوهرياً . والسبب فى أن الغلط فى فهم القانون لا يؤثر فى الصلح ، أن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق . بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط فى فهم القانون »[٢] .

وهذا التعليل التقليدى الذى يتردد كثيراً فى الفقه الفرنسى[٣] ، ينتقده الفقه الحديث[٤] ، فلا شىء يبرر الخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد[٥] . والقول

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمتصالح أن يطعن فى الصلح بغلط فى القانون وقع فيه بشأن مقاصة ، ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ .

(٣) پون ٢ فقرة ٦٨١ — لوران ٢٨ فقرة ٤٠٥ — جيوار فقرة ١٣٤ — بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٣١ .

(٤) بيدان فقرة ٣٦٥ — ميرل فقرة ١٤٦ — جوسران ٢ فقرة ١٤٥٦ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ .

(٥) وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى قيل إن الغلط فى القانون لا يجعل العقد قابلا للإبطال فى الصلح وفى غيره من العقود (فينيه ١٥ ص ١٠٨) ، وهذا خطأ ظاهر فإن الغلط فى القانون يجعل فى الأصل العقد قابلا للإبطال كالغلط فى الواقع . وهناك تعليلات —

بأن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، لا يمنع من أنهما بالرغم من هذا التثبت يقعان فى غلط فى القانون . وإذا كان لا بد من تعليل لهذا الحكم ، فالظاهر أن أقرب تعليل هو أن المتصالحين ، ما داما على بينة من الواقع ولم يقعا فى غلط فيه ، إنما يتصالحان على حكم القانون فى النزاع الذى بينهما . وسواء علما حكم القانون فى هذا النزاع أو لم يعلماه ، فهما قد قبلا حسم النزاع بينهما على الوجه الذى اتفقا عليه مهما كان حكم القانون . فلو أن أحدهما كان فى غلط فى حكم القانون وتبين غلطه قبل أن يبرم الصلح ، لما منعه تبينه للغلط من أن يمضى فى الصلح الذى ارتضاه . هذا هو ما افترضه المشرع ، فجعل الغلط فى القانون ليس بالغلط الجوهرى فى عقد الصلح ، وليس من شأنه إذا علمه من وقع فيه أن يمنع من التعاقد[١] .

ويتوسع القضاء الفرنسى فى استبعاد الغلط فى القانون كسبب لإبطال الصلح . من ذلك أنه إذا اختلط الغلط فى القانون بغلط فى الواقع ، ومن ثم كان ينبغى أن يكون الغلط فى الواقع كافياً وحده لإبطال الصلح ، فان القضاء الفرنسى يستظهر الغلط فى القانون ويجعله يجبُّ الغلط فى الواقع

= أخرى فى الفقه التقليدى . منها أنه لا يجوز إبطال الصلح لغلط فى القانون بموجب حكم فى الوقت الذى أريد فيه بالصلح أن يقوم مقام الحكم (لا رومبيير م ١١١٠ فقرة ٢٦) . ومنها أنه أريد بالصلح حسم النزاع ، فلو أجزنا إبطاله لغلط فى القانون وهو أمر خفى ، لا نفتح الباب واسعاً للنزاع وهو ما أريد بالصلح أن يحسمه . ولكن يرد على هذه التعليلات بأنها لو كانت كافية ، لوجب أن يغلق الباب دون الطعن فى الصلح بأى غلط ، فى القانون أو فى الواقع ، وبأى وجه من وجوه البطلان الأخرى (بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٥٧) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٤ هامش ١ – ٣ – بوابيه فى الصلح ص ٧١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٦١ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١١ ص ٢٣ .

إذا كان هذا الغلط غير مغتفر ، ومن ثم لا يبطل الصلح إذ يقف عند الغلط فى القانون وحده . فإذا اصطلح شخصان فى شأن سند باطل ، وكانا واقعين فى غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، فى شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغى أن يدرك المتصالحان بطلان السند[1] . وإذا غلط أحد المتصالحين فى جنسية المتعاقد معه ، فاختلط الغلط فى الواقع بالغلط فى القانون ، لم يعتد القضاء الفرنسى بالغلط فى الواقع ووقف عند الغلط فى القانون فلا يبطل الصلح[2] . وينتقد بعض الفقهاء هذا التوسع ، ويذهبون إلى أنه لو أن القضاء فسر حكم الغلط فى القانون تفسيراً ضيقاً كما ينبغى باعتباره استثناء من القواعد العامة ، ولم يجعله يجبُّ الغلط فى الواقع إذا خالطه ، لصعب فى العمل أن يوجد غلط فى القانون دون أن يخالطه غلط فى الواقع ، ولضاقت دائرة الاستثناء إلى حد كبير[3] .

وقد سار القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق على أن الغلط فى القانون لا يكون سبباً فى إبطال عقد الصلح[4] . وأكد التقنين المدنى الجديد هذا الحكم بنص صريح (م ٥٥٦ مدنى السالفة الذكر) .

---

(١) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ١٨٦٦ – ١ – ١٨٢ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ – ١ – ١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٢ – ويذهب بعض الفقهاء ، فى سبيل الإمعان من التضييق فى هذا الاستثناء ، إلى أن الغلط فى القانون إذا كان لا ينصب على ذات النزاع كما تصوره الطرفان ، فلا محل لحرمان من وقع فيه من التمسك به لإبطال الصلح . فإذا تنازع الواهب مع الموهوب له فى جواز رجوع الواهب فى هبته ، وحسما النزاع بالصلح ، ثم تبين أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لم يحكم سترها بعقد آخر ، فالغلط فى القانون هنا يكون سبباً فى إبطال الصلح لأن هذا الصلح لم يحسم نزاعاً فى هذه المسألة (بوابيه فى الصلح ص ٧٢ – ص ٧٣ – الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥ ص ٣٠ – ص ٣١ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٢ ص ٢٥) .

(٤) انظر م ٦٥٧/٥٣٥ من التقنين المدنى السابق فى نفس الفقرة فى الهامش – استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ .

٣٦٤ — الغلط فى الحساب : كانت المادة ٥٣٦ / ٦٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « يجب تصحيح الغلط فى أرقام الحساب » . ولم يحتفظ التقنين المدنى الجديد بهذا النص اكتفاء بالنص الوارد فى القواعد العامة ، وهو نص المادة ١٢٣ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فإذا وقع فى الصلح غلط فى الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركاً بين المتصالحين[1] ، كأن اتفق المتصالحان على الأسس التى يقوم عليها الصلح وتطبيقاً لهذه الأسس وضعا الأرقام المتفق عليها ، ثم جمعت هذه الأرقام فوقع خطأ فى الجمع ، فكان المجموع الخاطىء مثلا مائتين وخمسين بدلا من مائتين وثلاثين وهو المجموع الصحيح ، لم يجز لمن وقع فى نصيبه هذا المبلغ أن يحتج بهذا الخطأ وأنه إنما رضى بالصلح على أساس أن نصيبه مائتان وخمسون . بل يجب تصحيح الخطأ ، فيكون نصيبه مائتين وثلاثين ، ولا يبطل الصلح لهذا الخطأ[2] .

---

(١) أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصالحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطىء ، كان هذا غلطاً فى الواقع إذا أثبته من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥) .

(٢) ويشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى الكشوف المعتمدة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . ومن ثم فطلب إعادة عمل حساب جديد عن المقاولات موضوع النزاع لا يجوز لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن كل مقاولة من هذه المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه فى أصل عقودها . فإذا ما نفذ الاتفاق بعمل المقاس والحساب فعلا ، ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٥ ص ٢٦ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

وكالغلط فى الحساب غلطات القلم ، فإذا ذكر فى عقد الصلح اسم أحد المتصالحين وكان ظاهراً أن المقصود هو المتصالح الآخر وجب تصحيح هذا الخطأ ووضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطىء ، ولا يبطل الصلح لهذا الغلط[١] .

٣٦٥ — الغلط فى الواقع : أما الغلط فى الواقع فى عقد الصلح فيخضع للقواعد العامة ، ويكون سبباً لإبطال الصلح إذا كان جوهرياً أى بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معـــه المتعاقد عن إبرام الصلح ولو لم يقع فى هذا الغلط ، وكان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ — م ١٢١ مدنى) .

فإذا تسبب شخص فى إصابة شخص آخر ، وتصالح المضرور مع المسئول أو مع شركة التأمين التى أمنته ضد الإصابة أو مع شركة التأمين التى أمنت المسئول إذا كان للمضرور دعوى مباشرة ضد هذه الشركة ، فقد يقع المضرور فى غلط فى جسامة الإصابة وقت الصلح ، فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقداً أن الإصابة يسيرة ، ثم يتبين بعد ذلك أن الإصابة من الجسامة بحيث تركت عنده عاهة مستديمة مثلا ، بل قد تفضى الإصابة إلى موته . ففى مثل هذه الأحوال يجوز للمضرور أو وارثه أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهرى وقع فيه ، وهذا الغلط فى محل التعاقد ، فقد تصالح على إصابة ظن أنها يسيرة فإذا بها بلغت من الجسامة حداً كبيراً . ويجب أن تكون هذه الجسامة قد تكشفت عن ضرر يختلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ،

---

(١) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٤ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٧ وهامش رقم ١٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥ .

أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غبناً والغبن لا يؤثر فى الصلح[1] . وقد عمدت شركات التأمين ، توقياً لإبطال الصلح ، أن تضع شروطاً تقضى بأن المضرور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلا عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد . فأذعن القضاء الفرنسى لهذه الشروط ، وقضى بأن المضرور لا يستطيع معها أن يطلب إبطال الصلح للغلط[2] . ولكن الفقه ينتقد بحق هذا القضاء ، فتنازل المضرور عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يمنع من أن المضرور قد وقع فى غلط وقت هذا التنازل ، ولا يكفى لافتراض إجازته لنتائج هذا الغلط أن يكون قد تنازل مقدماً عن أى تعويض إضافى فى ورقة مطبوعة قدمتها له شركة التأمين فوقعها دون تدبر ، ولا تصح الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط قبل أن يكشف عن هذا الغلط[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٤ – بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٨٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ١٨٩٢ – ١ – ١٥٠ – ٨ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٦٠٦–٢٨ مايو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ –١٢٤– ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣ – ١ – ٤٠٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ – وانظر عكس ذلك أنسيكلوبيدى داللوز ، ٥ لفظ transaction فقرة ١٨٣ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ١٤ – وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص٥٢ الهامش رقم ٤ – ويلاحظ أن قانون إصابات العمل حدد فئات للتعويض تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . هذا وإذا أفضت الإصابة إلى موت المصاب ، فإن تنازله عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يسرى بداهة على حق زوجته وأولاده وأقاربه فى التعويض عما أصابهم من الضرر بسبب موته ، فإن هذا حقهم الشخصى ولا يمكن أن يتناوله تنازل المضرور (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١) .

٣٦٦ – أمثلة أخرى للغلط فى الواقع : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على مواد أربع هى تطبيقات للغلط فى الواقع ، وقد حذفت كلها فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة .

فكانت المادة ٧٤٨ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « ١ – يكون الصلح قابلا للبطلان ، إذا كان قد أبرم تنفيذاً لسند باطل ، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادى . والغلط مفروض لصالح من يدعيه ، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين . ٢ – أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته ، فإن العقد يكون صحيحاً » . ويخلص من هذا النص أنه إذا تصالح شخص مع آخر على أساس سند باطل يتمسك به هذا الأخير – وصية عدل عنها الموصى مثلا أو حق اختراع انقضت مدته فوقع فى الملك العام – فان المفروض أن الشخص الأول كان يجهل بطلان السند ، ولو علمه لما أقدم على الصلح . فهو قد وقع فى غلط جوهرى ، إما فى الشىء وإما فى الباعث ، ومن ثم يجوز إبطال الصلح للغلط[1] . ولا يكلف بإثبات غلطه ، لأن إقدامه على إبرام صلح أساسه سند باطل قرينة على أنه لا يعلم بالبطلان . ولا يستطيع الطرف الآخر أن يثبت علم الطرف الأول بالبطلان ليدفع مطالبته إياه بإبطال الصلح ، إلا بإقرار صادر من الطرف الأول أو بيمين وجهت إليه فنكل أو بدليل داخلى من عبارات عقد الصلح ذاته . أما إذا كان بطلان السند هو ذاته محل الصلح ، بأن كان أحد الطرفين

---

(١) لكن لوكان اعتقاده بصحة السند راجعاً إلى غلط فى القانون ، فلا يعتد بهذا الغلط ولا يجوز له طلب إبطال الصلح (بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٤٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٢ – جوسران ٢ فقرة ١٤٥٦ . قارن كولان وكابتان ٢ فقرة ١٢٨٣ .

يتمسك بصحة السند والآخر يتمسك ببطلانه ، فتصالحا ، فإن الصلح يكون صحيحاً[1] . وما قدمناه — فيما عدا حصر أدلة الإثبات — مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف[2] .

وكانت المادة ٧٤٩ من المشروع التمهيدى تنص على أن « يكون الصلح قابلا للبطلان إذا بنى على أوراق ثبت بعد ذلك أنها مزورة »[3] . ذلك أن من قبل الصلح بناء على أوراق كان يعتقد وقت الصلح أنها صحيحة ، ثم تبين بعد ذلك أنها مزورة ، يكون قد وقع فى غلط جوهرى فى الشىء أو فى الباعث كما فى الحالة السابقة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للغلط[4] . بل يجوز له أن يطلب إبطال الصلح للتدليس إذا ثبت أن المتعاقد الآخر هو الذى زور هذه الأوراق أو اشترك فى تزويرها أو كان عالماً بهذا التزوير

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩ فى الهامش — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٤٧ — فقرة ١٢٤٨ مكررة . بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٢ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٦٣ — أسيوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ ص ٩٦٨ . استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) وجاء فى المادة ٧١٨ عراق : « يكون الصلح موقوفاً : (٦) إذا بنى على أوراق ثبت بعد ذلك أنها مزورة . . » .

(٤) وإذا تصالح شخصان على وصية وكان النزاع الذى حسماه بالصلح هو إبطال الوصية لأنها ابتزت من الموصى عن طريق الاستغلال ، فالصلح يكون مع ذلك قابلا للإبطال إذا تبين بعد الصلح أن الوصية ذاتها مزورة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٣) . ولكن إذا تصالح شخصان على ورقة ادعى أحدهما تزويرها ، وكان الصلح واقعاً على هذا التزوير ذاته ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن فى الصلح بدعوى ظهور أدلة جديدة على التزوير (استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦) .

وأخفاه عن المتعاقد الآخر[1] . وما قدمناه مستفاد أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف[2] .

وكانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن « يكون الصلح قابلا للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم »[3] . ذلك أن الصلح إنما جعل لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بالحكم النهائى الذى صدر فيه[4] ، فوقع الطرف الذى يجهل ذلك فى غلط جوهرى فى الباعث ، ومن ثم جاز له أن يطلب إبطال الصلح للغلط[5] . والأدق أن يقال فى هذا الصدد إن الصلح باطل ، وليس قابلا للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم ، فلا يكون الصلح قائماً[6] . وما قدمناه هنا أيضا مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف[7] .

وكانت المادة ٧٥١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :
« ١ – إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٠ – ص ٤٦١ فى الهامش – بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٤٩ – فقرة ١٢٥٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٣ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٦٣ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) وجاء فى المادة ٧١٨ عراقى : « يكون الصلح موقوفا . . (ب) إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » .

(٤) ويعتبر الحكم نهائياً حتى لوكان قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس إعادة النظر (بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥١ ص ٦٦٩) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ فى الهامش .

(٦) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ ص ١٠٥٣ – وانظر آنفاً فقرة ٣٤٤ فى الهامش .

(٧) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ – ١٠ يناير ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١ .

ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سبباً فى بطلان العقد ، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين . ٢ — أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون باطلا »[1] . ففى الفرض الأول ، حيث تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين ، قصد بالصلح تسوية الموقف بوجه عام ، فلا يكون ظهور أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح بذى بال ، لأن الصلح إنما قصد به حسم جميع المنازعات المتعلقة بما ظهر من أوراق وما لم يظهر . ولكن إذا كانت

---

(١) وجاء فى المادة ٧١٩ عراق : « ١ — إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك مستندات كتابية لم تكن معروفة وقت الصلح تثبت أن أحد الطرفين كان غير محق فيما يدعيه ، فلا يكون العقد موقوفاً إلا إذا كانت هذه المستندات قد أخفيت بفعل أحد للمتعاقدين . ٢ — أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك مستندات كتابية تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون موقوفاً . ٣ — وإذا مر على ظهور السندات المنوه بها فى الفقرتين المتقدمتين ثلاثة أشهر ولم يعترض ذو الشأن من المتعاقدين على الصلح الواقع ، كان الصلح نافذاً » (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٠) .

وجاء فى المادة ١٠٤٧ لبنانى : « يمكن الطعن فى عقد المصالحة : أولا — لوقوع الإكراه أو الخداع . ثانياً — لحدوث غلط مادى يقع على شخص الفريق الآخر أو على صفته أو على الشيء الذى كان موضوعاً للنزاع . ثالثاً — لفقدان السبب عندما تكون المصالحة واقعة : ١ — على سند مزور . ٢ — أو على سبب غير موجود . ٣ — أو على قضية انتهت بصلح صحيح أو بحكم غير قابل للاستئناف ولا لإعادة المحاكمة ، وكان أحد الفريقين أو كلاهما غير عالم بوجوده — ولا يجوز طلب الإبطال من أجل الأسباب المتقدم بيانها إلا للفريق الذى كان حسن النية » .

وجاء فى المادة ١٠٤٩ لبنانى : « عندما تعقد المصالحة بوجه عام على جميع الأمور التى كانت قائمة بين المتعاقدين ، لا يكون اكتشاف الأسناد التى كانوا يجهلونها وقت العقد ثم وقفوا عليها بعده ، سبباً لإبطال العقد ما لم يكن هناك خداع من الفريق الآخر . ولا تطبق هذه القاعدة على المصالحة التى عقدها وكيل فاقد الأهلية وكان الدافع إليها فقدان سند وجد فيما بعد » .

الأوراق التي ظهرت فيما بعد قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين ، كان هذا تدليساً منه ، وجاز للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال الصلح للتدليس لا للغلط . وفى الفرض الثانى ، حيث تناول الصلح نزاعاً معيناً بالذات ، فإن المقصود من الصلح ليس تسوية الموقف بوجـه عام بين الطرفين ، بل حسم هذا النزاع . فإذا ظهرت بعد الصلح أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذه الأوراق ، فإنه يكون قد وقع فى غلط جوهرى فى الشيء أو فى الباعث ، شأنه فى ذلك شأن من قبل الصلح بناء على أوراق مزورة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للغلط . فإذا كان المتعاقد الآخر هو الذى أخفى هذه الأوراق أو اشترك فى إخفائها ، جاز طلب إبطال الصلح للتدليس[1] . وما قدمناه مستفاد أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف[2] .

٣٦٧ — عدم تجزئة الصلح عند بطلانه — نص قانونى : وتنص المادة ٥٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ — الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله . ٢ — على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض »[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٢ فى الهامش — بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٢ — فقرة ١٢٥٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٤ .

(٢) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ١٨٣ — أسيوط الكلية ٤ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٢٢٦ — استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٣ — ص ٤٦٥) .

وعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوراً على البطلان بسبب الغلط ، بل هو يشمل جميع وجوه البطلان . فقد يكون الصلح قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو للتدليس أو للإكراه أو للاستغلال ، وقد يكون الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فأيا كان سبب الإبطال أو البطلان فإن الصلح إذا أبطل أو قضى ببطلانه[1] ، وكان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل أن بطلان جزء منه يقتضى بطلان جميع الأجزاء[2] . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ،

— ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٢٠ (مطابق — وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٠ : الصلح غير قابل للتجزئة ، فبطلان جزء منه أو إبطاله يؤدى إلى بطلان العقد أو إبطاله كله . على أن هذه القاعدة لا محل لها : أولا — عند ما يستفاد من عبارة العقد وماهية الاتفاق أن المتعاقدين يعتبرون بنود العقد بمثابة أقسام مستقلة ومنفصلة بعضها عن بعض . ثانياً — عندما يكون البطلان ناتجاً عن عدم أهلية أحد المتعاقدين ، فنى هذه الحالة الأخيرة لا يستفيد من البطلان إلا فاقد الأهلية الذى وضع البطلان لمصلحته ، ما لم يكن هناك نص صريح مخالف . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ويجوز طلب بطلان الصلح بدعوى مستقلة . كما يجوز أن يكون ذلك بطريق الدفع ، بأن يجدد من يتمسك ببطلان الصلح النزاع ويرفع به دعوى ، فيرد الطرف الآخر على هذه الدعوى متمسكاً بالصلح ، فيدفع الطرف الأول ببطلان هذا الصلح . ويجوز أيضاً أن يتصالح شخصان فى الدعوى القائمة بينهما ، فيتدخل شخص ثالث فى الدعوى متمسكاً ببطلان هذا الصلح لإضراره بحقوقه (انظر بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٨ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٥) .

(٢) وهذا بخلاف الحكم فإنه يتجزأ ، فيجوز مثلا عند استئنافه أن تؤيد محكمة الاستئناف جزءاً منه وتلغى جزءاً آخر . وتقول المادة ١٠٥١ لبنانى : « إن البطلان أو الحل يرجعان المتعاقدين إلى الحالة القانونية نفسها التى كانوا عليها وقت العقد ، ويجعلان لكل من المتعاقدين سبيلا إلى استرداد ما أعطاه لتنفيذ المصالحة مع استثناء الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية —

فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين ، صراحة أو ضمناً ، إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقلا عن بعض ، فإذا بطل جزء منه ، بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين[1] .

فإذا تصالح شخص على أرض ومنزل ، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك سندات مزورة تتعلق بالأرض هي التي دفعت المتصالح إلى الصلح عليها ، بطل الصلح في الأرض والمنزل معاً ، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استقلال كل منهما عن الآخر[2] .

وإذا تم الصلح بين عدة أطراف بينهم قاصر ، وطلب القاصر إبطال الصلح لنقص الأهلية فأبطل ، فإن الصلح يبطل أيضاً بالنسبة إلى من بلغوا سن الرشد[3] ، ما لم يكن هؤلاء قد قصدوا أن يكون الصلح بالنسبة

= بوجه قانوني ومقابل عوض . وإذا أصبح استعمال الحق المتنازل عنه غير ممكن ، فتسترد قيمة هذا الحق » .

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢ – بودري وڤال ٢٤ فقرة ١٢٨٠ – فقرة ١٢٨١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٧ – الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٢ – ص ٤٢٥ – الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٨ – الأستاذ أكثم الخولي فقرة ٢٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٥ .

(٣) ولكن ناقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فإذا لم يتمسك به بقي الصلح قائماً بالنسبة إلى الجميع . أما إذا تمسك به فابطل بالنسبة إليه ، فإنه يبطل أيضاً بالنسبة إلى الباقي (بودري وڤال ٢٤ فقرة ١٢٨٢ – الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٣) . ويكون هذا استثناء من قاعدة قصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها ، لأن هذه هي النتيجة

إليهم مستقلا عنه بالنسبة إلى القاصر ، فيسقط الصلح بالنسبة إلى القاصر ويبقى قائماً بالنسبة إليهم . فإذا أصيب ثلاثة فى حادثة واحدة ، وكان أحدهم قاصراً ، وتصالح الثلاثة مع المسئول على مبلغ معين يتقاسمونه بالتساوى ، ثم طلب القاصر إبطال الصلح ، أبطل بالنسبة إليه وحده ، وبقى قائماً بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، لأن الظروف يستخلص منها أن صلح هذين الاثنين ليس مرتبطاً بصلح القاصر[1] .

= الطبيعية لعدم التجزئة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص٢٠٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ ص ١٠٥١ هامش رقم ١ — عكس ذلك بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٨٢) . ويجوز أن يكون الصلح على منازعات متعددة وبعقود مستقلة وحدة متماسكة فيحكم ببطلانها جميعاً إذا أبطل أحدها (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٠٦ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٧ ص ١٠٥١ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المعقودبين جانب متعدد الأطراف فيهم قصر وبين شخص آخر فى دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للجانب الأول على الشيوع ، ولم يجز المجلس الحسبى الصلح بالنسبة إلى القصر . فأبقت محكمة النقض الصلح قائماً بالنسبة إلى غير القصر « لأن الصلح صحيح بالنسبة إليهم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التجزئة فى الحقوق المالية أمر جائز ولا يحول حائل دون حصوله ، إذ من الجائز فى عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصالح بعض ذوى الشأن فيه ويظل الباقون متمسكين بمطعنهم عليه ، ثم يقضى ببطلانه . ومثل هذا القضاء غير مؤثر فى الصلح الذى تم ، والقول بغير ذلك يتعارض مع القاعدة التى تقصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها » (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٤) . والظاهر من ظروف القضية أنه اتضح من نية الطرف الأول أنه يجزىء الصلح ، فإذا أبطل بالنسبة إلى القصر بقى قائماً بالنسبة إلى غير القصر (انظر عكس ذلك الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٣ — ص ٤٢٤ وهو ينتقد حكم محكمة النقض ويذهب إلى عدم جواز تجزئة الصلح فى هذه القضية ، وانظر أيضاً الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٣٨ هامش رقم ٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الصلح شاملا لجملة منازعات ، وكان باطلا بالنسبة إلى إحداها (قسمة مع قاصر) ، فهذا لا يؤثر فى صحته بالنسبة إلى باقى المنازعات مادام لم ينص فى الصلح على تعليق نفاذه على نفاذ القسمة (١٦ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٦ ص ١٨٣) . =

وإذا تم الصلح بين الجانى والمجنى عليه على مبلغ معين من المال يعطيه الأول للثانى فى مقابل أن ينزل المجنى عليه عن الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، وكان المقصود من الصلح ربط الدعويين إحداهما بالأخرى والنزول عنهما معاً ، كان الصلح باطلا فيما يتعلق بالدعوى الجنائية لمخالفته للنظام العام ، ويسقط أيضاً فيما يتعلق بالدعوى المدنية لارتباط هذا الجزء بالجزء الأول . أما إذا تبين أن قصد الطرفين لم يكن ربط الدعويين إحداهما بالأخرى ، وأن جزءاً معيناً من المال خصص للنزول عن الدعوى المدنية مستقلة عن الدعوى الجنائية ، بطل الصلح فيما يتعلق بالدعوى الجنائية ، وبقى قائماً فيما يتعلق بالدعوى المدنية(١) .

— وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ (صلح فيه بلغ وقصر ، وصدق المجلس الحسبى ولم تطعن وزارة العدل بالاستئناف ، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بعدم سريان الصلح على القصر ، فيتجزأ الصلح : يبطل فى حق القصر ويبقى قائماً فى حق البلغ) .

(١) انظر فى عدم تجزئة الصلح فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٥٧ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ — ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ — وقارن استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢ — الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ٧٦٢ (اصطلح شخصان على أن أحدهما ينزل عن جزء من الدين ويقسط الباقى على خمس سنوات فى نظير أن الآخر لا يبيع غلاله ببورصة الإسكندرية إلا بوساطة الأول ، فقضت المحكمة ببطلان التزام الآخر لمخالفته لحرية التجارة ، ومع ذلك أبقت الصلح فى باقيه ، مع أن عدم التجزئة هنا ظاهر : انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٣٨ هامش رقم ٢) .

الفرع الثانى

المحل والسبب فى عقد الصلح

المبحث الأول

المحل فى عقد الصلح

٣٦٨ — وجوب توافر الشروط العامة فى المحل — نص قانونى : الصلح كما قدمنا هو حسم نزاع عن طريق التضحية من الجانبين كل بجزء من ادعائه . فيكون محل الصلح إذن هو هذا الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه فى هذا الحق . وقد يختص ، بموجب الصلح ، أحد الطرفين بكل الحق فى مقابل مال يؤديه للطرف الآخر ، ويكون هذا المال هو بدل الصلح[1] ، فيدخل بدل الصلح ليكون هو أيضاً محل الصلح .

وأيا كان محل الصلح ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط التى يجب توافرها فى المحل بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، ممكناً ، معيناً أو قابلا للتعيين[2] . ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعا ، فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام . وتنص المادة ٥٥١ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٦ فى الهامش .

(٢) ويصح الصلح على الحقوق المستقبلة إلا فى التركات المستقبلة ، وعلى الحقوق المعلقة على شرط وعلى الحقوق الاحتمالية (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٣ — جيوار فقرة ٦٢ — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٧٧ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٠) . ويجب أن يكون محل الصلح ممكناً ، فإذا تصالح شركاء على أن يقتسموا الأعيان الشائعة بينهم دون أن يذكروا الكيفية التى تتم بها القسمة ، كان الصلح باطلا (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٤٨) .

أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٤ وص ٤٤٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٣٣/٦٥٤ : لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام ، ولكن يجوز عمل الصلح فى الحقوق المالية التى تنشأ عن مسائل النسب أو عن الجنح المخلة بالنظام العام » . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٠٤ : ١ - يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البدل فى مقابلته ، ويشترط أن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم . ٢ - ولا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام أوالآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم .

م ٧٠٥ : يشترط أن يكون بدل الصلح مالا مملوكاً للمصالح ، وأن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم .

م ٧٠٦ : يصح الصلح عن الحقوق التى أقر بها المدعى عليه أو التى أنكرها أو التى لم يبد فيها إقراراً ولا إنكاراً .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٥٤ - ص ٢٥٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٣٧ : لا تجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أوالنظام العام ولا على الحقوق الشخصية التى لا تعد مالا بين الناس . وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أوعن إحدى الجرائم .

م ١٠٣٨ : يجوز للفريقين أن يتصالحا على حقوق أوأشياء ، وإن كانت قيمتها غير معلومة لديهما .

م ١٠٣٩ : لا تجوز المصالحة على حق الطعام ، ولكنها تجوز على كيفية أداء الطعام أو كيفية إيفاء الأقساط المستحقة .

٣٦٩ — بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :
الحالة الشخصية للإنسان من النظام العام ، فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها . وكذلك الأهلية من النظام العام ، وقد نصت المادة ١٤٨ مدنى على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية . فلا يجوز أن يتصالح شخص مع آخر على بنوته منه بنفى أو بإثبات ، أو على صحة الزواج أو بطلانه ، أو على الإقرار بالجنسية أو نفيها ، أو على تعديل أحكام الولاية والوصاية والقوامة ، أو على حق الحضانة . كما لا يجوز الصلح على الأهلية ، ومن كان غير أهل لا يجوز له أن يصالح غيره على أنه أهل ، أو كان أهلا لا يجوز له بالصلح النزول عن أهليته ، ولا يجوز الاتفاق صلحاً على التعديل من أحكام الأهلية .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التى تترتب على الحالة الشخصية[1] . فيجوز للمطلقة أن تنزل عن مؤخر صداقها وعن نفقة العدة . ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة[2] ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته . ويجوز للوارث أن

= م ١٠٤٠ : تجوز المصالحة على الحقوق الإرثية المكتسبة مقابل بدل يكون أقل من الحصة الشرعية المقررة فى القانون ، بشرط أن يكون ذوو العلاقة عالمين بمقدار التركة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٥١ — ص ٢٥٢ — ويجوز له أيضاً أن يقسط النفقة المستحقة .

يتخارج مع بقية الورثة على نصيبه فى الميراث ، لا أن يصالح على صفته كوارث[1] .

ويجوز الصلح كذلك على المصالح المالية التى تترتب على الأهلية . فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .

٣٧٠ — بطلان الصلح على الجريمة : وإذا ارتكب شخص جريمة ، فلا يجوز له أن يصالح عليها[2] ، لا مع النيابة العامة ولا مع المجنى عليه[3] ،

---

(١) فإذا اتفق من يدعى النسب مع الورثة على أن ينزل عن دعوى ثبوت النسب وعن حقه فى الميراث فى مقابل مبلغ معين ، كان هذا الصلح باطلا فى مجموعه ، لأن الصلح على النزول عن دعوى ثبوت النسب باطل ، والصلح على الميراث مرتبط به ، فيبطل الصلح كله لعدم التجزئة . ويكون الحكم كذلك حتى لو حدد مبلغ مستقل لكل من دعوى ثبوت النسب وحق الميراث ، لأن إدماج المسألتين فى عقد واحد يكشف عن نية المتعاقدين فى ربطهما إحداهما بالأخرى (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٧ — جيوار فقرة ٧١ وفقرة ٧٦ — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٧٣ — الأستاذ الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٤) . فإذا تصالح الشخص على حقه فى الميراث وحده دون أن يربط ذلك بمسألة النسب ، كان الصلح صحيحاً ، ولا يمنع ذلك أن يعود من تصالح معه إلى إنكار نسبه وإلى مطالبته بإثباته إذا جدت ظروف تستدعى ذلك (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٤) . أما إذا تبين أن الصلح كان قائماً فى أساسه على نزول الشخص عن دعوى النسب ، وأنه اقتسم التركة مع الآخر على هذا الأساس ، كان الصلح باطلا ولولم يذكر ذلك فى العقد (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٧٦) .

(٢) إلا فى بعض المخالفات ، وقد نصت المادة ١٩ من تقنين الإجراءات الجنائية على أنه « يجوز الصلح فى مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب أو على الحكم بشيء آخر غير الغرامة أوالحبس . ويجب على محرر المحضر أن يعرض الصلح على المتهم ويثبت ذلك فى المحضر . وإذا لم يكن المتهم قد سئل فى المحضر ، وجب أن يعرض عليه الصلح بإخطار رسمى » .

(٣) وكما أن النيابة العامة لا تضار بالصلح ، فهى كذلك لا تستفيد منه ، فلا تستخلص من تصالح المتهم مع المجنى عليه أن هذا إقرار منه بالجريمة ، فقد يكون اندفع إلى ذلك خوف التشهير أو حسما للنزاع ، ويترك تقدير ذلك لقاضى الموضوع (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٢).

لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهى من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها[١] .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التى تنشأ من ارتكاب الجريمة ، فيجوز الصلح على حق التعويض المدنى . فإذا تصالح من ارتكب الجريمة مع المجنى عليه على التعويض عن الضرر الذى أصاب الثانى ، لم يكن لهذا أن يطالب بالتعويض بعد هذا الصلح ، ولم يجز له أن يدعى مدنياً فى الدعوى الجنائية المرفوعة على من ارتكب الجريمة ، ولا أن يرفع دعوى مدنية مستقلة بالتعويض[٢] .

ولكن إذا اتفق شخص مع آخر على أن يسحب شكوى جنائية قدمها ضده فى مقابل مبلغ من المال ، لم يكن هذا صلحا على التعويض المدنى . بل صلحاً على حق الشكوى الجنائية ، وهذا الحق يدخل ضمن الدعوى الجنائية ، فيكون الصلح باطلا[٣] . كذلك الصلح بين الدائن والمدين المحجوز عليه بعد تبديد المنقولات المحجوز عليها لا أثر له فى الدعوى الجنائية الناشئة عن التبديد ، وإنما أثره مقصور على العلاقة المدنية ما بين الدائن والمدين[٤] .

وإذا جاز الصلح بين المسئول والمجنى عليه على التعويض المدنى ، فإنه لا يجوز الصلح فيما بين المسئولين المتعددين على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنى عليه ، فتحديد هذه المسئولية من النظام العام ولا يجوز الصلح عليها[٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٥ – بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٧٧ .

(٣) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٦٢ .

(٤) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٣٢٤ .

(٥) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٧٧ .

٣٧١ – بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام :
ولا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق فى تحصيلها مقرراً بصفة نهائية وليس محلا للنزاع ، وإنما يجوز الاتفاق على تقسيطها[1] . أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع ، جاز الصلح ، فيجوز الصلح على الرسوم الاختيارية التى تحصلها المجالس البلدية[2] .

ولا يجوز الصلح على الأحكام المتعلقة بإيجار الأماكن ، فلا يجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر صلحاً على أن يدفع له أجرة أكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للأماكن ، وله أن يسترد ما دفعه زائداً . ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعى فيما يتعلق بتعيين الحد الأقصى لأجرة الأراضى الزراعية .

ولا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلق بإصابات العمل . فإذا أصيب عامل واستحق تعويضاً بناء على هذا القانون ، لم يجز الصلح على هذا الحق إذ يعتبر من النظام العام . كذلك لا يجوز الصلح فى كثير من المسائل المتعلقة بعقد العمل الفردى ، وهى المسائل التى تعتبر من النظام العام .

ولا يجوز الصلح على الفوائد الربوية ، فإذا تصالح المدين مع الدائن على أن يدفع له فوائد أكثر من الحد الأقصى المسموح به ، كان هذا الصلح باطلا ، وجاز للمدين أن يسترد ما دفعه زائداً[3] .

---

(١) ويعترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبالغ المستحق عليه دفعها كضرائب وهذا كسائر الديون يجوز الصلح عليها (بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٦٥ – وقارب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ – الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٠ هامش رقم ٤ .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٢ رقم ٨٣ ص ٢٦٤ – استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٠ ص ١٨٧ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ص ٣٧ .

ولا يجوز الصلح على الأموال العامة للدولة ، فهـذه تخرج عن التعامل[1] .

ولا يجوز الصلح على بطلان التصرفات الراجع إلى النظام العام ، فلا يجوز الصلح على دين قمار أو دين سببه مخالف للآداب أو تعامل في تركة مستقبلة . ولكن يجوز الصلح على إجازة عقد قابل للإبطال كما قدمنا .

المبحث الثانى

السبب فى عقد الصلح

٣٧٢ — السبب بالمعنى التقليدى : يذهب أنصار النظرية التقليدية فى السبب إلى أن السبب فى عقد الصلح هو الغرض المباشر الذى من أجله التزم المدين ، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه . وعلى هذا الوجه يختلط السبب بالمحل فى عقد الصلح اختلاطاً تاماً[2] .

ومن الفقهاء من يجعل السبب فى عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل ، فإذا لم يكن هناك نزاع ، أو كان النزاع قد حسمه حكم نهائى ، فالصلح يكون باطلا لانعدام السبب[3] . ويعتبر هؤلاء الفقهاء

---

(١) وإذا آجر ناظر الوقف العين الموقوفة بغبن فاحش ، فالإيجار باطل ، والصلح على هذا الإيجار الباطل باطل مثله (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢) . ولا يجوز لناظر الوقف الصلح على حجة الوقف ذاتها (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٢) .

(٢) الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٥ — ص ٣٩٧ — وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٧ .

(٣) انظر فى هذا المعنى كابيتان فى السبب ص ٥٣ هامش رقم ١ وفقرة ١٠٥ — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١ .

وجود النزاع هو السبب الفنى للصلح ، يميزه عن غيره من العقود(1) . ونحن نرى أن وجود نزاع بين المتصالحين هو من مقومات الصلح وليس سبباً له ، فالصلح لا يقع إلا على نزاع قائم أو محتمل وإلا لم يكن العقد صلحاً . ومن ثم يكون النزاع محلا لعقد الصلح لا سبباً له ، والأدق أن يقال إن محل الصلح هو الحق المتنازع فيه(2) .

٣٧٣ — السبب بالمعنى الحديث : والصحيح فى نظرنا أن السبب فى عقد الصلح هو السبب الذى تقول به النظرية الحديثة ، وهو الباعث الدافع للمتصالحين على إبرام الصلح .

فهناك من يدفعه إلى الصلح خشيته أن يخسر دعواه ، أو عزوفه عن التقاضى بما يستتبع من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، أو خوفه من العلانية والتشهير . وهناك من يكون الدافع له على الصلح الإبقاء على صلة الرحم ، أو على صداقة قديمة ، أو الحرص على استبقاء عميل له مصلحة فى استبقائه . وكل هذه بواعث مشروعة ، فالصلح الذى يكون سببه باعثاً من هذه البواعث يكون مشروعاً .

أما الصلح الذى يكون الدافع إليه سبباً غير مشروع ، فإنه يكون

---

(1) بوابيه فى الصلح ص ١٢٠ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٢١ — وقد جمع بعض الفقهاء بين الرأيين ، فجعل للصلح سبباً مزدوجاً ، هو قيام النزاع والتزام المتصالح بالنزول عن جزء من ادعائه — وذهب آخرون إلى أن السبب فى الصلح مركب من عناصر ثلاثة : التزام المتصالح بالنزول عن جزء من ادعائه ، وإرادة الطرفين المشتركة فى وضع حد للنزاع ، والباعث الذى يدفع كلا منهما إلى الصلح (فردبسكو فى الغلط فى الصلح ص ١٧ — ص ١٩ — وانظر عرضاً لهذه النظريات المختلفة فى بوابيه فى الصلح ص ١١٥ — ص ١١٦) .

(2) انظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

باطلا ، ومن ثم إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة بها آثمة ، أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بإيجار دار حتى يتمكن من إدارتها للعهارة ، أو حتى يتمكن من إدارتها للمقامرة ، فكل هذه البواعث غير مشروعة ، ومتى كان الطرف الآخر على علم بها فإن الصلح يكون باطلا لعدم مشروعية السبب[١] .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٦٦ ص ٧٦ – الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٧ ص ٣٥ ص ٣٦ – الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٢٢ .

الفصل الثانى

آثار الصلح

٣٧٤ – الصلح يحسم النزاع وله أثر كاشف نسبى : أثر الصلح هو حسم النزاع الذى وقع عليه . والصلح فى الأصل يكشف عن الحقوق لا ينشئها ، وأثره نسبى بالنسبة إلى الأشخاص وبالنسبة إلى السبب .

فنتكلم فى موضوعين : (١) حسم النزاع . (٢) الأثر الكاشف والأثر النسبى .

الفرع الأول

حسم النزاع

٣٧٥ – كيف ينحسم النزاع بالصلح وطرق الإلزام بما تم الصلح عليه : إذا أبرم صلح بين طرفين ، فإن هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها كل من الطرفين . ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح ، أو يطلب فسخ الصلح إذا لم يقم الطرف الآخر بما التزم به .

فنبحث إذن مسألتين : (١) كيف ينحسم النزاع بالصلح . (٢) طرق الإلزام بالصلح .

المبحث الأول

كيف ينحسم النزاع بالصلح

٣٧٦ — انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين مع تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً : ينحسم النزاع بالصلح بأن تنقضى الحقوق والادعاءات التى نزل عنها كل من الطرفين ، على أن يفسر هذا التنازل تفسيراً ضيقاً .

المطلب الأول

انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها كل من الطرفين

٣٧٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها » .

« ٢ — ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائياً »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً لمقتضى عقد الصلح .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٢١ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٥٢ — وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤٢ من المشروع التمهيدى على وجه موافق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٩ — ص ٤٥١) .

م ٧١٢ – ٧١٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٢[1] .

ويتبين من النص السالف الذكر أن الصلح له أثران : (١) انقضاء ما نزل عنه كل من المتصالحين من ادعاءاته . (٢) ويترتب على انقضاء ادعاء كل منهما أن يخلص للطرف الآخر ما نزل عنه الطرف الأول . فالصلح إذن أثر انقضاء وأثر تثبيت[2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧١٢ : إذا تم الصلح ، فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه . ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه .

م ٧١٣ : إذا كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين ، فاستحق أو هلك كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى أو استحق كله أو بعضه بعد تسليمه للمدعى ، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضاً ، وان كان الصلح عن إنكار أو سكوت يرجع المدعى إلى دعواه بذلك المقدار .

م ٧١٤ : إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق المصالح عنه كله أو بعضه بالبينة ، يسترد من بدل الصلح الذى قبضه المدعى مقدار ما أخذ بالاستحقاق من المدعى عليه .

م ٧١٥ : ١ – إذا وقع الصلح عن إنكار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق المصالح عنه كله أو بعضه بالبينة ، يرجع المدعى عليه بمقابله من العوض على المدعى ، ويرجع المدعى بالخصومة فيه والدعوى على المستحق . ٢ – وإذا ادعى شخص حقاً فى عين معينة لم يبينه فصولح عن ذلك ، ثم استحق بعض العين ، فلا يستحق المدعى عليه شيئاً من العوض . وإن استحقت العين كلها بالبينة ، استرد العوض كله .

(وهذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامى ، انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦١ – فقرة ٢٦٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٢ : من شأن الصلح أن يسقط على وجه بات الحقوق والمطالب التى جرت عليها المصالحة ، وأن يؤمن لكل من الفريقين ملكية الأشياء التى سلمها إليه الفريق الآخر أو الحقوق التى اعترف له بها . إن المصالحة على دين مقابل دفع قسم من القيمة المستحقة تسقط القسم الباقى من الدين وتبرىء ذمة المديون .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٠ – ص ٤٥١ .

٣٧٨ - أثر الانقضاء : إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض مثلا ، ثم تصالحا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، فهذا الصلح عقد ملزم للجانبين . يلزم من خلصت له الدار أن ينزل عن ادعائه فى ملكية الأرض ، ويلزم من خلصت له الأرض أن ينزل عن ادعائه فى ملكية الدار :

فلا يجوز لمن خلصت له الدار أن يعود من جديد ينازع الطرف الآخر فى ملكية الأرض ، وإذا عاد إلى هذا النزاع جاز للطرف الآخر أن يدفع بالصلح أو أن يطلب فسخه على النحو الذى سنراه . كذلك لا يجوز لمن خلصت له الأرض أن ينازع الطرف الآخر فى ملكية الدار ، وإلا دفع هذا بالصلح أو طلب فسخه[1] :

٣٧٩ - أثر التثبيت : وفى المثل المتقدم للصلح أثر تثبيت كما له أثر انقضاء ، والأثر الأول يترتب حتما على الأثر الثانى .

فمن خلصت له الدار قد تثبتت ملكيته فيها ، إذ نزل الطرف الأول عن ادعائه لهذه الملكية .

ومن خلصت له الأرض قد تثبتت ملكيته فيها هو أيضاً ، إذ نزل الطرف الآخر عن ادعائه لملكيتها .

وسنرى أن أثر التثبيت هذا أثر كاشف ، فلا يعتبر الصلح قد نقل ملكية الدار لمن خلصت له ، ولا ملكية الأرض لمن اختص بها[2] .

---

(١) وليس لأى من المتصالحين أن يعدل عن الصلح ، إلا إذا اتفق مع المتصالح الآخر على ذلك (استئناف وطنى ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٩ ص ٣١٠) .

(٢) ومن ثم فالصلح يقطع التقادم المكسب ، فإذا وضع أحد المتصالحين يده على أرض ثم نزل عنها صلحاً لخصمه فقد قطع التقادم . وكذلك يقطع الصلح التقادم المسقط ، فإذا مضى =

وسنرى أيضاً أن التثبيت له أثر نسبي ، فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذى وقع من أجله .

المطلب الثانى

تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً

٣٨٠ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٥٥٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذى حسمه الصلح »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٣٤/٦٥٦[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٢٣ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٥٤ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى

على الدين عشر سنين مثلا وسلم به المدين للدائن صلحاً فقد قطع التقادم . انظر استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٧ — ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢ .

ويقطع الصلح مدة انقضاء الخصومة (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٣ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٢ — ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٧٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه موافق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخل بعض تحويرات لفظية طفيفة فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٥٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٥ — ص ٤٥٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٣٤/٦٥٦ : الترك الحاصل بالصلح يلزم تأويله بالدقة بحسب ألفاظه ، ومهما كانت هذه الألفاظ لا يؤول الترك إلا على الحقوق المنحصرة فى موضوع المادة الواقع فيها الصلح .

(وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

العراق - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٤[١] .

٣٨١ – قاضى الموضوع هو الذى يفسر الصلح : وقاضى الموضوع هو الذى يفسر عقد الصلح ، شأن الصلح فى ذلك شأن غيره من العقود . ولا يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى التفسير ، ما دام يستند فى تفسيره إلى أسباب سائغة ، وما دام لم يمسخ العقد ، وإلا نقض حكمه[٢] . ويقدر قاضى الموضوع بوجه خاص ما إذا كان الصلح قابلا للتجزئة تبعاً لقصد العاقدين ، إذ الأصل فى الصلح كما قدمنا أنه غير قابل للتجزئة ما لم يتبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض (٥٥٧ / ٢ مدنى) ، وقد تقدم بيان ذلك[٣] .

على أنه لما كان الصلح يحسم نزاعاً معيناً بين طرفين عن طريق نزول كل منهما عن جزء من ادعائه ، فإن هذا النزول المتبادل يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذى تناوله[٤] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٥٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل ، ولكن الحكم تطبيق للقواعد العامة . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٢ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٤ : يجب تفسير عقد المصالحة بمعناه الضيق ، ولا يجوز ، أياً كان نصه ، أن يطبق إلا على المنازعات والحقوق التى جرى عليها الصلح .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٤ ص ٧٠٥

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٦٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه فى موضوع =

٣٨٢ — التفسير الضيق لعقد الصلح : تنازل المتصالح عن جزء من ادعائه يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، شأن التنازل فى الصلح فى هذا التفسير الضيق شأن كل تنازل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح بمعناها الضيق ، فإذا تضمن الصلح تنازلا عن فوائد الدين مثلا ، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما سيستحق »[1] .

وإذا تصالح أحد الورثة مع الورثة الآخرين على استحقاق فى التركة ، وجب أن يفسر الصلح على أن الوارث إنما تصالح على استحقاقه باعتباره وارثاً . فاذا ظهر بعد ذلك أن المورث قد أوصى له بمال فى التركة ، فان الصلح لا يتناول هذه الوصية ، وللوارث أن يرجع بالموصَى به على التركة ، ولا يحتج عليه بالصلح .

وإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح فى الشركة ، فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلا من أرباح ، لا ما قد يستحقه فى المستقبل .

وإذا تصالح المضرور مع المسئول على التعويض المستحق له بسبب الإصابة ، فإن الصلح يجب هنا أيضاً أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يشمل إلا الإصابة التى كانت ظاهرة وقت الصلح ، فإذا ظهرت مضاعفات بعد ذلك ، فتولد عن الإصابة عاهة مستديمة مثلا أو مات المصاب من

معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا يجب ألا يتوسع فى تأويله وأن يقصر تفسيره على موضوع النزاع (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٦ .

أثر الإصابة ، فإن الصلح لا يكون قد تناول شيئاً من ذلك ، وللمضرور أو لورثته من بعده أن يرجع بتعويض آخر على المسئول بسبب ما جد من الضرر ، ولا يحتج عليه بالصلح السابق(١) . وقد سبق أن تناولنا هذه المسألة ، وقلنا إنه حتى لو تصالح المضرور مع المسئول على جميع الضرر الذى يحدث له ، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون المضرور قد وقع فى غلط جوهرى فى شأن هذا الضرر ، ولم يكن يتوقع أن الإصابة ستؤدى إلى عاهة مستديمة أو تفضى إلى موته ، ومن ثم يجوز له أو لورثته أن يطلب إبطال الصلح للغلط . وحتى إذا نزل المصاب فى الصلح عن حقه فى المطالبة بأى تعويض إضافى ، فإن ذلك لا يكفى لافتراض إجازته لنتائج هذا الغلط الجوهرى ، لأن الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط لا تصح قبل أن يكشف عن هذا الغلط(٢) .

٣٨٣ — الأثر النسبى للصلح فيما يتعلق بالمحل : ومما يترتب على تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً أنه يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذى تناوله ، دون أن يمتد الى أى شىء آخر(٣) . على أن هذا الأثر النسبى هو أثر العقد بوجه عام ، فالعقد يقتصر أثره على من كان

---

(١) نقض جنائى ١٣ مارس سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٠٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٥ — والصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المقاولين ، بقصد تسوية الحساب بينهما نهائياً ، لا يتضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشرى للمنشئات التى أقامها هذا الأخير (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٢) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩ — ١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (لم يعرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فأخرجت المصروفات من الصلح وجعلت على عاتق المدين) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٦ — استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٣٠ .

طرفاً فيه وعلى المحل الذي تناوله . ولكن الصلح فى هذا الصدد أكثر بروزاً ، لأن القاعدة فيه أن يكون تفسيره ضيقاً . فإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث اقتصر الأثر على الميراث الذى تناوله الصلح ، ولا يتناول ميراثاً آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة . وإذا تصالح موصًى له مع الورثة على وصية ، لم يتناول إلا الوصية الذى وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك(1) :

---

(1) والصلح الحاصل بين دائنى الشركة لا يشمل الديون التى على أحد الشركاء بصفته الشخصية ، فلا يقبل من هذا الشريك أن يحتج بالصلح الحاصل على ديون الشركة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٤٠ ص ٨١ – والحكم خاص بصلح الدائنين مع شركة مفلسة) . وإذا نزل أحد المتصالحين عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر ، لا يمتد الصلح إلا إلى الحقوق التى واجهاها وقت التعاقد وجعلا منها موضوعاً له (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ – ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨م – ٣٠ ص ٢٥٩) . فالصلح الذى نص فيه على أن المتصالحين قد سويا نهائياً جميع ما بينهما من حساب يجب أن يقتصر على ما قصدا حسمه من نزاع ، ولا يمكن أن يمتد إلى العلاقات الأخرى التى كانت بينهما وظلت خارجة عن موضوع العقد (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٣٠). ولا يؤثر الصلح الحاصل بين الموظف والحكومة على المعاش الذى يعطى بعد موت الموظف إلى ورثته ، لأن هذا المعاش خاص بهم ولا يستمدونه من المورث (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤) . وإذا تصالح شخصان فى دعوى وضع اليد على أن تكون اليد لأحدهما ، ورفع الخارج دعوى الملكية ، فلا يحتج عليه بالصلح فى وضع اليد ، لاختلاف محل الدعويين (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥) . واستعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة ، بعد أن حصرا موضوع التخالص وحددوه فيما هو مبين بالصلح ، إنما يفيد عموم البراءة فى نوع الحقوق التى كانت محل اعتبارهما عند التعاقد ، ولا يجوز أن تتعدى إلى غيرها (استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٣٠٧ – الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٦١٦ – الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٠٦) .

ومع ذلك فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الصلح لا يحسم المنازعة القائمة وقت إبرامه فحسب ، بل يكون « حاسماً أيضاً لكل نزاع يثار فى المستقبل متى كان هذا النزاع ناشئاً فى الدعوى نفسها التى حصل فيها الصلح » (طنطا الجزئية ١٥ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٢ ص ١٩٧ – قارن استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩) وذلك « تحقيقاً =

وهذا الأثر النسبي للصلح فيما يتعلق بالمحل يجعل الصلح كقوة الأمر المقضى فى شروطه ، فلا يحتج بالصلح إلا فى نزاع اتحد فيه المحل والسبب والخصوم . وسنرى فيما يلى ، عند الكلام فى الأثر النسبي للصلح ، وجوب اتحاد السبب والخصوم ، كما رأينا هنا وجوب اتحاد المحل .

المبحث الثانى

طرق الإلزام بالصلح

٣٨٤ – طريقاه : إذا أبرم الصلح بين طرفين ، استطاع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح ، فيمنعه من تجديد النزاع عن طريق الدفع بالصلح . وقد يوضع فى العقد شرط جزائى يوقع على من يخل بالتزامه بمقتضى عقد الصلح أو يرجع إلى النزاع الذى انحسم .

كما يجوز ، إذا أخل أحد المتصالحين بالتزاماته فى الصلح ، أن يطلب المتصالح الآخر فسخ العقد ، إذ الصلح عقد ملزم للجانبين كما قدمنا فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للآخر طلب الفسخ .

المطلب الأول

الدفع بالصلح والشرط الجزائى

٣٨٥ – الدفع بالصلح : إذا انحسم النزاع بالصلح ، لم يجز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع ، لا بإقامة دعوى به ، ولا بالمضى فى

= لما قصده المتعاقدان » (قنا الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٥ ص ١٠٠٧) .
فإذا تنازلت وارثة فى عقد الصلح عن « باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها » ، لم يجز لها المطالبة بريع الأطيان التى استولت عليها مقابل هذا التنازل ، لأن هذا الريع « هو من باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها التى تنازلت عنها بمحضر الصلح » ، فضلا عن أن الريع تابع للنزاع فى الملكية الذى حسمه الصلح ، والفرع يتبع الأصل (طنطا الجزئية وقنا الكلية فى الحكمين المشار إليهما – وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٥ ص ٥٣) .

الدعوى التى كانت مرفوعة ، ولا بتجديد هذه الدعوى . ويستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصلح الدعوى المقامة أو المطلوب المضى فيها أو المجددة[1] .

وإذا كانت الدعوى مرفوعة بين خصمين ، واصطلحا ، انتهت الدعوى بالصلح . ولا يصح الاستمرار فى إجراءات الدعوى بعد الصلح ، وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة ، فلا يصح أن تحكم فيها حتى بالمصروفات . وإذا لم يكن الخصمان قد اتفقا فى الصلح على شىء فيما يتعلق بالمصروفات ، تحمل كل خصم ما صرفه[2] . ولا يجوز بعد الصلح وانقضاء الدعوى أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه ، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ — وقارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (حيث لم يعرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فجعلت على عاتق المدين — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ فى الهامش) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ — ولكن إذا تدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه فى الدعوى ، وطعن فى الصلح بالبطلان ، فالظاهر أنه لا يجوز رفض تدخله إلا على أساس أن الصلح صحيح وأنه قد قضى الدعوى ، فيجب إذن على المحكمة بادىء ذى بدء أن تقبل تدخله وتنظر فى صحة الصلح ، فإن حكمت بصحته انقضت الدعوى (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) . وإذا تم الصلح بين الخصمين بعد صدور حكم من محكمة أول درجة ، واستؤنف الحكم ، فمحكمة الاستئناف تنظر فى صحة الصلح إذا طعن فيه ، فإن قضت بصحته حكمت بعدم قبول الاستئناف (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٠٣) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن الطعن فى الصلح لا يكون فى الأصل أمام محكمة الاستئناف التى تنظر الاستئناف المرفوع عن القضية التى وقع فيها الصلح ، بل يجب أن ترفع به دعوى مستقلة (٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٨) ، وتكلف محكمة الاستئناف الطرف الذى يطعن فى الصلح إذا كان ظاهر الصحة برفع دعوى مستقلة ، وتوقف نظر الاستئناف حتى تبت المحكمة المختصة بنظر صحة الصلح فى هذا الأمر ، أما إذا كان الصلح غير ظاهر الصحة لانعدام الصفة أو لعدم الحصول على الإذن الواجب =

ولما كان الدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام ، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[1] .

فإذا انقضت الدعوى بالصلح ، لم يبق أمام الخصم الذى له مطعن على هذا الصلح إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة يطعن بها فى الصلح[2] ، كأن يطلب إبطاله لغلط فى الواقع أو لتدليس أو لإكراه ، أو يطلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب . ويجوز لدائن المتصالح أن يطعن فى الصلح بالدعوى البولصية ، وذلك بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، إذا أثبت أن الصلح إنما وقع تواطؤاً ما بين المتصالحين إضراراً بحقوقه ، ولا بد من التواطؤ لأن الصلح من عقود المعاوضة كما قدمنا ، وتسرى هنا القواعد العامة المقررة فى الدعوى البولصية[3] .

= من المحكمة فإن محكمة الاستئناف تقضى ببطلانه وتمضى فى نظر الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٥ — ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١) . ولكن محكمة النقض قضت بأن المنازعة فى شأن عقد الصلح ليست إلا فرعاً من المنازعة فى الحق المصطلح عليه المطروح أمام المحكمة ، والقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، فإذا قدم الطاعن إلى المحكمة عقد الصلح المحرر بينه وبين الخصوم محتجاً به عليهم طالباً مؤاخذتهم به ، ترتب على ذلك قانوناً حق الخصوم فى الطعن عليه ودفع حجيته عنهم ، وحق المحكمة بل واجبها فى التعرض له والفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، وحكم هذا العقد حكم كل دليل يقدم إليها فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطراحاً له (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(١) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٩٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٠٤ .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ — ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ص ٢٩٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ — أوبرى ورو وإسمان =

وإذا أراد أحد المتصالحين تنفيذ الصلح وامتنع الآخر ، ولم يكن الصلح فى ورقة واجبة التنفيذ ، وجب رفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، بتنفيذ الصلح أو بفسخه .

٣٨٦ — الموازنة بين الصلح والحكم : وهناك شبه بين الصلح والحكم فى أن كلا منهما يحسم النزاع ، وفى أن الدفع بالصلح كالدفع بقوة الأمر المقضى يقتضى وحدة الخصوم والمحل والسبب . وقد بالغ التقنين المدنى الفرنسى فى هذا التشبيه ، حتى أنه نص فى المادة ٢٠٥٢ / ١ منه على أن « الصلح ، فيما بين الطرفين ، له قوة الأمر المقضى » .

ولكن الصلح مع ذلك يختلف عن الحكم من وجوه عدة :

١ — فالصلح قد يقع دون أن تكون هناك دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً محتملا ، أما الحكم فلا يصدر إلا فى دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً قائماً . وإجراءات الحكم مرسومة فى قانون المرافعات ، أما الصلح فعقد كسائر العقود يتم بتوافق الإيجاب والقبول كما قدمنا .

٢ — والصلح فى الأصل لا يقبل التجزئة إلا إذا قصد المتعاقدان أن تكون أجزاؤه مستقلة بعضها عن بعض ، أما الحكم فتمكن تجزئته إذا طعن فيه بوجه من وجوه الطعن ، فيلغى جزء منه ويبقى الجزء الآخر .

٣ — والصلح يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة ، ولكن

= ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢ — جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ . فالدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى الصلح الذى عقده مدينه ، لا على أنه عقد كشف لحق المتصالح مع مدينه فلا يكون الصلح فى هذه الحالة مفقراً للمدين ، بل على أنه عقد تواطأ فيه المدين والمتصالح معه على الإضرار بحقوقه لنقل المدين حقاً له للمتصالح الآخر تحت ستار الصلح . ومن ثم يكون للدائن فى الواقع من الأمر طعنان على صلح المدين ، الطعن الأول أن هذا الصلح يستر عقداً ناقلا للحق ، والطعن الثانى أن هذا العقد الناقل للحق الذى يستتر بالصلح عقده المدين متواطئاً فيه مع المتصالح معه للإضرار بحقوق الدائن (انظر الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٤٢ — وقارن بوايه فى الصلح ص ٣٤٥ — ص ٣٤٦) .

لا يجوز الطعن فيه لغلط فى القانون . أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة ، ويجوز الطعن فيه لغلط فى القانون . وطرق الطعن فى الحكم مقررة فى قانون المرافعات ، أما الطعن فى الصلح فلا يكون إلا بدعوى مستقلة كما سبق القول .

٤ — والصلح يتبع فى تفسيره الطرق المقررة فى تفسير العقود ، أما الحكم فله طرق خاصة فى طلب تفسيره بينها قانون المرافعات .

٥ — والصلح ، ما لم يكن مصدقاً عليه من المحكمة أو كان فى ورقة رسمية ، لا يجوز تنفيذه إلا بدعوى مستقلة . أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقاً للقواعد المقررة فى قانون المرافعات . ولا يجوز أخذ حق اختصاص بالصلح ما لم يكن مصدقاً عليه من المحكمة ، أما الحكم فيجوز أخذ اختصاص به متى أصبح حكماً واجب التنفيذ[1] .

٣٨٧ — الشرط الجزائى المقترن بالصلح : ويجوز أن يضع المتصالحان فى عقد الصلح شرطاً جزائياً للتأخر فى تنفيذه أو كجزاء على الطعن فيه ، فتتبع فى ذلك القواعد العامة المقررة فى الشرط الجزائى .

فإذا كان الشرط الجزائى مقرراً للتأخر فى تنفيذ الصلح ، وتأخر أحد المتصالحين فى تنفيذ التزاماته ، جاز للمتصالح الآخر أن يطالبه بالتنفيذ وأن يطلب تطبيق الشرط الجزائى للتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب التأخر فى التنفيذ . ولكن إذا أثبت من تأخر فى تنفيذ التزاماته أن الطرف الآخر

---

(١) انظر فى كل ذلك أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧ — بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٩١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٦ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٢ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى بإلزام الخصوم بما جاء فى عقد الصلح الذى أبرم بينهم ، فإن حجيته مقصورة على أن الصلح صدر منهم وهم أهل لإصداره ، أما ماعدا ذلك مما يدخل فى بيان التزامات المتصالحين وحقوقهم ، فإن حجية الحكم لا تتناوله (نقض مدنى ٥ يونيه سنه ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٤/٢٩١) .

لم يلحقه ضرر بسبب هذا التأخر ، لم يكن الشرط الجزائى مستحقاً (م ٢٢٤ / ١ مدنى) . كذلك يجوز للقاضى أن يخفض التعويض المنصوص عليه فى الشرط الجزائى ، إذا أثبت من تأخر فى تنفيذ الصلح أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ / ٢ مدنى) . وليس فى كل هذا إلا تطبيق القواعد العامة المقررة فى الشرط الجزائى .

وإذا كان الشرط الجزائى مقرراً كجزاء على الطعن فى الصلح ، وطعن أحد المتصالحين فيه ، وجب التربص حتى تعرف نتيجة هذا الطعن . فإذا نجح الطاعن فى طعنه وأسقط الصلح ، لم يكن الشرط الجزائى مستحقاً إذ هو يسقط مع سقوط الصلح . أما إذا لم ينجح الطاعن فى طعنه وبقى الصلح قائماً ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائى على الطرف الذى لم ينجح فى الطعن ، مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه على الوجه الذى قدمناه .

وبطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائى كما سبق القول[1] .

المطلب الثانى

فسخ الصلح

٣٨٨ – قول بعدم جواز فسخ الصلح : الصلح كما قدمنا عقد ملزم للجانبين ، فيرد عليه الفسخ وفقا للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد . ولكن فريقاً من الفقهاء فى فرنسا اعترضوا على جواز فسخ الصلح ، وبنوا هذا الاعتراض على أن الصلح كاشف للحق كما سنرى . فإذا تصالح وارثان تنازعا على ميراث دار وأرض ، فاختص أحدهما بالدار

---

(١) انظر فى كل ذلك أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٨ – ص ٢٥٩ – بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٤ – فقرة ١٢٩٦ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٥٩٣ .

والآخر بالأرض ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به لا بعقد الصلح بل بالميراث . فلا يتصور إذن فسخ الصلح فى هذه الحالة ، ما دام كل منهما قد أقر للآخر بملكية ما اختص به ، والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يتصور فسخه . أما إذا تضمن الصلح نقل حق لا مجرد الكشف عنه ، فعند ذلك يجوز الفسخ . مثل ذلك أن يتنازع شخصان على أرض ، فيتصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض فى نظير أن يدفع مبلغاً من المال للآخر . فهنا الصلح قد كشف عن حق الأول فى الأرض ، ونقل للثانى حقاً فى المال بدل الصلح . فإذا لم يف الأول بالتزامه من دفع المال إلى الثانى ، جاز للثانى المطالبة بفسخ الصلح[١] .

٣٨٩ — جواز فسخ الصلح : ولكن الرأى المتقدم لم يسد لا فى القضاء[٢] ولا فى الفقه ، وذهب أكثر الفقهاء[٣] إلى جواز المطالبة بفسخ الصلح كما هو الأمر فى سائر العقود الملزمة للجانبين[٤] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ وفقرة ١٥٩٣ — الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢٦ .

(٢) استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥١ — الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٥ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٤ — ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٣) بون ٢ فقرة ٤٦١ — جيوار فقرة ٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٧ — بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٩٧ — ميرل فقرة ١٤٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٤٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ١ فقرة ٢٨٠ — الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢١ ص ٤٢ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٤٤ — ويتردد لوران ، فيقول بجواز فسخ الصلح (لوران ٢٨ فقرة ٣٢٨) ، ثم يقول بعدم الجواز (لوران ٢٨ فقرة ٤٢٩) . ولكنه يسلم بجواز تضمن الصلح شرطاً صريحاً بالفسخ إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته (لوران ٢٨ فقرة ٤٣٠) .

(٤) ذلك أن الصلح ينشىء التزاماته فى جانب كل من المتصالحين هو ترك الجزء من ادعائه =

فإذا نازع المدين الدائن فى الدين ، وتصالحا على أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويدفع المدين الباقى ، ثم أخل المدين بالتزامه فلم يدفع الجزء من الدين الذى تعهد بدفعه فى عقد الصلح ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الصلح ومطالبة المدين بكل الدين[1] . ويجوز للدائن فى هذه الحالة أن يطالب بتنفيذ الصلح لا بفسخه ، فيجبر المدين على دفع الجزء من الدين الذى تعهد بدفعه فى عقد الصلح ، ولا يستطيع المدين عند ذلك أن ينازع فى هذا الجزء فقد حسم النزاع فى شأنه بالصلح . أما إذا طلب الدائن فسخ الصلح ففسخ ، جاز للمدين الرجوع إلى النزاع القديم عند مطالبته بكل الدين ، فقد فسخ الصلح الذى كان قد حسم هذا النزاع .

وفسخ الصلح تجرى فيه القواعد العامة المقررة فى فسخ العقود . فيجوز لأي من المتصالحين ، إذا أخل الآخر بالتزامه ، أن يطلب إما تنفيذ الصلح إذا أمكن التنفيذ عيناً وإما فسخ الصلح . وللقاضى حق تقدير طلب الفسخ ، وله أن يرفضه ويمنح مهلة للطرف المتخلف حتى يقوم بتنفيذ التزامه .

= الذى نزل عنه بالصلح ، فيلتزم إذن بعدم تجديد النزاع فى هذا الجزء . فإذا أخل أحد المتصالحين بهذا الالتزام ، جاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليلغى النزول عن الجزء من ادعائه الذى نزل عنه بالصلح . ويقول الأستاذ أكثم الخولى (فقرة ٤٦ ص ٦٧) : « أما وقد استبعدنا فكرة الإقرار عن الصلح وحللناه إلى تنازل عن حق الدعوى ، فإن فسخ الصلح لعدم التنفيذ يبدو أمراً طبيعياً يقتضيه تطبيق القواعد العامة ، إذ من الطبيعى أن نفترض أن تنازل كل متصالح عن دعواه نهائياً خاضع لتنفيذ المتصالح الآخر لما يلزمه به الصلح » .

(١) وقد قضى بأنه إذا تضمن الصلح إبراء جزئياً من الدين ، على أن يفى المدين بانتظام فى مواعيد الاستحقاق التى يحددها الصلح وإلا حل الدين بكامله ، فإن عدم الوفاء فى مواعيد الاستحقاق إذا تبعه إعذار المدين يترتب عليه حلول الدين بكامله (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ — ٣ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٧) . لكن إذا قبل الدائن الوفاء بعد حلول ميعاد استحقاق القسط ، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية ، اعتبر متنازلا عن فسخ الصلح (نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ١٠ ص ٢٣) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى جواز فسخ الصلح ، فكانت المادة ٧٥٣ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما التزم به فى الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين »(١) . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة »(٢) .

---

(١) وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يرد الفسخ على الصلح كما يرد على أى عقد آخر ملزم للجانبين ، فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح فى ذمته من التزامات ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ أو التنفيذ إذا كان ممكناً ، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له محل . فإذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعاد النزاع القديم كما كان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٤ فى الهامش) .

(٢) مجموعة التحضيرية ٤ ص ٤٦٤ فى الهامش – وقد نصت المادة ٧٢١ عراق على أنه « إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما التزم به فى الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين » . ونصت المادة ٧١٧ عراق على أنه « ١ – إذا كان الصلح فى حكم المعارضة ، فللطرفين التقايل منه ، فيرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه . ٢ – أما إذا تضمن إسقاط بعض الحقوق ، فلا يصح التقايل منه . ونصت المادة ١٠٤٦ لبنانى على أنه « إذا امتنع أحد الفريقين عن القيام بالعهود التى قطعها فى عقد المصالحة ، حق للفريق الآخر المطالبة بتنفيذ العقد إذا كان ممكناً ، وإلا حق له أن يطلب الفسخ ، مع مراعاة حقه فى طلب بدل العطل والضرر فى الحالتين » .

وغنى عن البيان أنه يجوز للمتصالحين أن يتقايلا الصلح ، ولكن لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بذلك . ويجوز أن يستخلص التقايل ضمناً من استمرار الدعوى بين المتنازعين دون أن يدفع أيهما بالصلح الذى كان قد تم بينهما . وقد يكون التقايل جزئياً ، فيتقايلان فى جزء مما تصالحا عليه ويستبقيان الجزء الآخر (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٥) .

الفرع الثانى

الأثر الكاشف والأثر النسبى للصلح

المبحث الأول

الأثر الكاشف للصلح

٣٩٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٣٧ / ٦٥٩[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٢٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٥٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٧١٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٣[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨٢ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٢ وص ٤٥٤ — ص ٤٥٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٣٧/٦٥٩ : التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح » .
(والنص يورد نتيجة منطقية من نتائج الأثر الكاشف) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٣ (مطابق) .

=

ويخلص من هذا النص أن الأثر الكاشف للصلح مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها ، فإذا شمل الصلح حقوقاً غير متنازع فيها — وهو ما يسمى ببدل الصلح — كان الأثر ناقلا لا كاشفاً .

٣٩١ — الأثر الكاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها : لم يكن التقنين المدنى السابق يتضمن نصاً صريحاً فى أن للصلح أثراً كاشفاً ، ولكنه نص على نتيجة من نتائج الأثر الكاشف فى إبقاء التأمينات التى كانت للحق الذى وقع فيه الصلح (م ٥٣٧ / ٦٥٩) ، لأن الأثر الكاشف يمنع من تجديد هذا الحق فتبقى التأمينات التى كانت له . وقد آثر التقنين المدنى الجديد أن يورد نصاً صريحاً عاماً فى الأثر الكاشف للصلح ، هو نص المادة ٥٥٤ سالفة الذكر .

ومعنى أن للصلح أثراً كاشفاً بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها أن الحق الذى يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . فإذا اشترى شخصان داراً فى الشيوع ، ثم تنازعا على نصيب كل منهما فى الدار ، وتصالحا على أن يكون لكل منهما نصيب معين ،

= التقنين المدنى العراقى م ٧١٦ : ١ — الصلح عن إنكار أو سكوت هو فى حق المدعى معاوضة ، وفى حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة . ٢ — فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه ، ولاتجرى فى العقار المصالح عنه . (وهذا النص مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٣ : يجب على كل من المتعاقدين أن يضمن للآخر الأشياء التى يعطيه إياها على سبيل المصالحة . وإذا استلم أحد الفريقين بحكم المصالحة الشىء المتنازع عليه ، ثم نزع هذا الشىء منه بدعوى الاستحقاق أو وجد فيه عيباً موجباً للرد ، كان ثمة وجه لفسخ عقد المصالحة كله أو بعضه أو لخفض البدل وفاقاً للشروط الموضوعة للبيع . وإذا كانت المصالحة واقعة على منح حق الانتفاع بشىء لمدة من الزمن ، كان الضمان الواجب على كل من الفريقين للآخر نفس الضمان الواجب فى إجارة الأشياء . (وهذا النص يوجب الضمان فى الصلح ، خلافاً للقواعد العامة التى تقرر أن الصلح فى الأصل لا يوجب الضمان فى حدود الأثر الكاشف) .

اعتبر كل منهما مالكاً لهذا النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذى اشتريا به الدار فى الشيوع ، واستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . وإذا نزل الدائن بعقد عن جزء من الدين المتنازع فيه للمدين على أن يدفع المدين الجزء الباقى ، فهذا الجزء الباقى لا يزال مصدره العقد وهو المصدر الأول فتبقى التأمينات التى كانت للدين . وإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك ، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكاً لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث(١) .

وتذهب النظرية التقليدية فى تعليل هذا الأثر الكاشف إلى أن الصلح هو إقرار من كل من المتصالحين لصاحبه ، والإقرار إخبار لا إنشاء ، فهو يكشف عن الحق لا ينشئه(٢) . ولما اعترض على هذه النظرية بأن

---

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤ — وإذا نزلت وارثة عن جميع حقوقها فى تركة أبيها مقابل اثنى عشر قيراطاً ، فإنها تعتبر مالكة لها من يوم وفاة أبيها ، فبيع أحد الورثة لهذه القراريط قابل للإبطال باعتباره بيعاً لملك الغير (الأقصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٤ ص ٢٠٢) .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع على التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ — بون ٢ فقرة ٦٣٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٢٧ — وانظر عرض النظرية التقليدية فى بيدان ١٢ فقرة ٣٤٣ . وتقرب النظرية التقليدية بين الصلح والحكم ، إذ الصلح يؤدى إلى نتيجة قضائية بوسيلة اتفاقية ، فيكون الصلح كما الحكم أثر كاشف (مبرلى فقرة ١٠٥) .

ولما كان التقنين المدنى الفرنسى لم يتضمن نصاً صريحاً فى الأثر الكاشف للصلح ، كما تضمن هذا النص فى الأثر الكاشف للقسمة (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٢) ، فقد ذهب بعض الفقهاء (أكارياس Accarias فى الصلح فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٦٣ — شيڤالييه فى الأثر الكاشف للعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢) إلى أن الصلح ناقل للحقوق ، على أساس تحليل الصلح بأن كل متصالح فيه ينقل جزءاً من الحق المتنازع فيه إلى صاحبه، فينقضى هذا الجزء بالنسبة إلى المتنازل باتحاد الذمة عند المتنازل له (انظر فى انتقاد —

غرض كل من المتصالحين ليس هو الإقرار لصاحبه ، وإنما هو حسم النزاع بينهما بتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه ، رد على هذا الاعتراض بأن هذا التنازل عن الادعاء يفترض فيه أنه إقرار من المتصالح لصاحبه كشف عن الحق ، فيكون الأثر الكاشف للصلح إنما هو محض افتراض (fiction)[1] .

والنظرية الحديثة فى تفسير الأثر الكاشف تذهب إلى أن المتصالح فى الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه ، وإنما هو ينزل عن حق الدعوى فى الجزء من الحق الذى سلم به . فهذا الجزء من الحق قد بقى على وضعه الأول دون أن يتغير ، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه . ومن ثم يكون للصلح أثران ، فهو قاض على النزاع من حيث خلوص الحق ، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول[2] .

٣٩٢ — النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للصلح : ونذكر من النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للصلح ما يأتى :

أولا : لا يعتبر المتصالح متلقياً الحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ، ولا يكون خلفاً له فى هذا الحق . ومن ثم لا يستطيع فى مواجهة الغير أن

= هذا التحليل بيدان ١٢ فقرة ٣٤٧–بوابيه فى الصلح ص٣١٣) . هذا إلى أن غرض كل متصالح من الصلح هو الحصول على ما عساه يكون للمتصالح الآخر من حقوق على الشىء المتنازع فيه لا مجرد تخلى المتصالح الآخر عن المنازعة فى هذا الحق ، ومن ثم جاز فسخ الصلح لعدم التنفيذ ، وجاز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وهذه كلها حلول لا تتفق إلا مع أن الصلح ناقل للحق لا كاشف عنه . ولكن هذه النظرية لم تسد ، وظل الأثر الكاشف للصلح هو القول السائد (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ هامش رقم ١٧ – بوابيه فى الصلح ص ٢٧٢ – ص ٣٢٣ – ميرل فقرة ١٠٥ – فقرة ١٣١) .

(١) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ .

(٢) بوابيه فى الصلح ص ٣٣٣ – ص ٣٣٤ – ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ٢٧ وفقرة ١٣٢ .

يستعين بمستندات الطرف الآخر[1] : فإذا خلصت لأحد المتصالحين ملكية دار ، ثم نازعه أجنبي غير المتصالح معه فى هذه الدار ، لم يستطع وهو يتمسك بالتقادم فى مواجهة هذا الأجنبي أن يضم مدة حيازة المتصالح الآخر إلى مدة حيازته .

ثانياً : ولا يلتزم المتصالح الآخر بضمان الحق المتنازع فيه الذى خلص للمتصالح الأول ، لأنه لم ينقل إليه هذا الحق ، والالتزام بالضمان لا يكون إلا مكملا للالتزام بنقل الحق[2] . فإذا خلصت ملكية الأرض المتنازع فيها لأحد المتصالحين ، ثم استحق الأرض أجنبي ، لم يجز لمن خلصت له الأرض بالصلح أن يرجع على المتصالح الآخر بضمان الاستحقاق[3] .

ثالثاً : وإذا صالح الدائن بعقد المدين على أن ينزل له عن جزء من الدين المتنازع فيه فى نظير أن يدفع له المدين الباقى ، فالدائن لا يزال فى الباقى الذى خلص له دائناً بالعقد كما سبق القول . فلم يتجدد الدين بالصلح ، ومن ثم تبقى التأمينات التى كانت للدين المتنازع فيه ضامنة

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ — بيدان ١٢ فقرة ٣٦٢ — ميرل فقرة ١٤١ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٤٠ — وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ — بودرى وثال ٢٤ فقرة ١٣٠٦ .

(٣) قارن م ١٠٤٣ لبنانى (آنفاً فقرة ٣٩٠ فى الهامش) . ويلاحظ أنه حتى لو كان الصلح ناقلا للحق ، فإن الضمان لا يجب لأن الأصل فى الحق المتنازع فيه عدم وجوب الضمان (بوابيه فى الصلح ص ٣٠٠ وص ٣٤٢ — الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٣٧) . وغنى عن البيان أن المتصالح يضمن فى جميع الأحوال فعله الشخصى (بودرى وثال ٢٤ فقرة ١٣٠٦) . وانظر فى أن مشروع التقنين المدنى الفرنسى كان يشتمل على نص يقضى بعدم الضمان ثم حذف لمخالفته للعدالة ولكن ذلك لا يغير من الحكم الواجب وهو عدم الضمان : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ هامش رقم ١٨ .

الباقى من الدين الذى خلص للدائن بالصلح[١] . وقد كان التقنين المدنى السابق يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ تنص على أن « التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح » . واحتجاج من عليه التأمينات أو من يتضرر من بقائها (كدائن مرتهن ثان) بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح نتيجة طبيعية للأثر النسبى للصلح ، فأثره مقصور على المتصالحين ولا يحتج به على من كفل الدين المتنازع فيه[٢] .

رابعاً : إذا وقع الصلح على حق عينى عقارى ، لم يكن تسجيله واجباً فيما بين المتصالحين ، وإنما يجب التسجيل للاحتجاج به على

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٩٠ . ولا يغير الصلح من طبيعة الحق ولا يؤثر فى صفاته فإذا كان قابلا للتحويل يبقى كذلك بعد الصلح (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥) . وإذا كان قابلا للتنفيذ لثبوته فى ورقة رسمية أو لصدور حكم به ، بقى كذلك بعقد الصلح ويستطيع صاحبه أن ينفذ به إذا ما فسخ العقد لعدم قيام العاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بمقتضاه (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٧٩ . الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٣ ص ٤٧) — وإذا كان مؤجلا أو معلقاً على شرط ، بقى كذلك إلا إذا ظهر أن المتصالحين قد عدلا من هذا الوصف (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد أسست قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن البيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة بعقد البيع ، وعلى أن عقد البيع هذا ينص على سريان الفوائد عن التأخير ، فذلك منها سديد ، إذ أن عقد البيع يكون فى هذه الحالة متمماً لعقد الصلح ، ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون كأنها منصوص عليها فى عقد الصلح (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٩ ص ٣٥٢ .

(٢) على أن التجديد قد يقع بالصلح إذا انصرفت إلى ذلك نية المتصالحين (استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢ — وانظر فى انعدام التجديد استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٦١٧ — وانظر الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٣٦) .

الغير(١) . ذلك أن المادة ١٠ أ من قانون الشهر العقارى لا توجب التسجيل فى التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج به على الغير . فإذا تصالح شخص مع آخر على عقار متنازع فيه ، فخلص له العقار ، جاز له أن يحتج بالصلح ولو لم يسجله على المتصالح الآخر . ولكن إذا كان المتصالح الآخر قد باع هذا العقار قبل الصلح أو بعده ، لم يجز لمن خلص له العقار بالصلح أن يحتج على المشترى إلا إذا سجل الصلح ، وأيهما — المشترى أو المتصالح الأول — سبق إلى التسجيل فضل على الآخر(٢) .

خامساً : كذلك إذا وقع الصلح على دين متنازع فيه فى ذمة الغير ، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين ، لم يعتبر هذا المتصالح متلقياً للدين من المتصالح الآخر ، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة فى حوالة الحق(٣) .

سادساً : لما كان الصلح غير ناقل للحق ، فإنه لا يصلح سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير . فلو أن عقاراً متنازعاً فيه بين شخصين خلص لأحدهما بالصلح ، فوضع هذا يده على العقار بحسن نية خمس سنوات ،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ — وقبل قانون التسجيل لم يكن تسجيل الصلح واجباً حتى للاحتجاج به على الغير (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٥٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٧) .

(٢) إلا إنه إذا كان المشترى هو الذى سجل أولا ، جاز للمتصالح الأول أن يتمسك ضد المشترى بملكيته للعقار الذى كان ينازعه فيها المتصالح الآخر ، فقد يكون هو المالك الحقيقى للعقار ويكون المشترى قد اشترى العقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر (الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٤١) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ — ولا يجوز استرداد الدين المتنازع فيه إذا وقع عليه صلح ، كما يجوز ذلك فى الحوالة (أنسيكلوبيدى داللوز لفظ transaction فقرة ١٤١) .

ثم ظهر مستحق للعقار ، لم يستطع واضع اليد أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأن الصلح ليس سبباً صحيحاً إذ هو كاشف عن الحق لا ناقل له[1] . ولكن يجوز لواضع اليد أن يتمسك بالتقادم الطويل إذا وضع يده خمس عشرة سنة .

سابعاً : إذا خلص عقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح ، فإن الصلح وهو كاشف عن الحق لا يفتح الباب للأخذ بالشفعة ، فلا يجوز لجار أو شريك فى الشيوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة . هذا إلى أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع[2] ، فإذا أثبت الشفيع أن الصلح يخفى بيعاً جاز له الأخذ بالشفعة .

٣٩٣ — الأثر الناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها :

وقد يتضمن الصلح حقوقاً غير متنازع فيها ، وفى هذه الحالة ينشىء الصلح التزامات أو ينقل حقوقاً ، فيكون له أثر منشىء أو ناقل ، لا أثر كاشف .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٠ — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٣٠٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد ، ذلك بأن الصلح الواقع فى ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلا للملكية بل هو مقرر لها ، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل فيه العقار ، وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد مثل طالب الشفعة أو الاسترداد ، هذا فضلا عن أن نصوص القانون فى الشفعة والاسترداد صريحة فى أن كلا الحقين لا يرد إلا على حالة البيع (نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) . وانظر أيضاً : استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ — استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ .

مثل الصورة التى ينشىء فيها الصلح التزاماً أن يتنازع شخصان على أرض ومنزل ، فيتصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل . فإذا كان المنزل قيمته أكبر من الأرض ، واقتضى الأمر أن يدفع من اختص بالمنزل معدلا ، مبلغاً من النقود يلتزم بدفعها لمن اختص بالأرض ، فهنا الصلح قد أنشأ التزاماً فى ذمة من اختص بالمنزل هو دفع المعدل ، وهو لم يدخل فى الحقوق المتنازع فيها[1] . وقد يتصالح شخصان على حق متنازع فيه ، فيخلص الحق لأحدهما فى نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر ، فهنا أيضاً قد أنشأ الصلح التزاماً لم يدخل فى الحقوق المتنازع فيها . وقد يتصالح الدائن والمدين على دين متنازع فيه بينهما ، فيتفقان على أن ينزل الدائن عن هذا الدين فى نظير أن يلتزم المدين بدين جديد قيمته أقل من الدين الأصلى ، فهنا قد جدد المدين الدين الأصلى بدين أقل ، ويكون للصلح فى هذه الحالة أثر منشىء[2] .

ومثل الصورة التى ينقل فيها الصلح حقاً أن يتنازع شخصان على دار ، ويتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار فى نظير أن يعطى للآخر أرضاً معينة . فهنا الصلح له أثر ناقل بالنسبة إلى الأرض وهى لم تدخل فى الحقوق المتنازع عليها . ومن ثم يعتبر من أخذ الأرض خلفا لمن أخذها منه فيستطيع أن يستعين بمستنداته على دعم حقه فى الأرض ، ويلتزم من أعطى الأرض بضمان الاستحقاق ، ويكون الصلح سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى ، ويجب تسجيل الصلح لنقل ملكية الأرض بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وهذه النتائج هى عكس النتائج التى قدمناها للأثر الكاشف[3] .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢—بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٣٠٩ — —

ولكن الصلح فى الصورتين المتقدمتين يبقى كاشفاً فيما يتعلق بالحقوق المتنازع فيها كما سبق القول ، فإذا نزل شخص صلحاً عن أرض متنازع فيها للمتصالح الآخر ، فى نظير أن يلتزم الآخر للأول بدفع مبلغ من النقود أو أن يعطيه داراً ، فالصلح إذا كان منشئاً بالنسبة إلى الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، وناقلا بالنسبة إلى الدار ، فهو كاشف بالنسبة إلى الأرض لأنها هى الحق المتنازع فيه[1] .

المبحث الثانى

الأثر النسبى للصلح

٣٩٤ — **الأثر النسبى بوجه عام** : الصلح ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ، له أثر نسبى : فهو مقصور على المحل الذى وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذى وقع من أجله . وهو فى هذا يشبه الحكم ، فإن الحكم لا يكون حجة إلا عند اتحاد المحل والخصوم والسبب . ولكن الأثر النسبى للصلح يرجع إلى أنه عقد ، لا إلى قياسه على الحكم .

٣٩٥ — **الأثر النسبى فى المحل — إحالة** : وقد رأينا كيف يكون للصلح أثر نسبى فيما يتعلق بالمحل عند الكلام فى تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً ، وبينا كيف يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذى

= بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ — وقد كانت المادة ٢/٧٤١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عينى على عقار ، أو نقل هذا الحق أو تعديله أو إنهاءه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة فى التسجيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ — ص ٤٤٨ وانظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ ص ١٠٤٥ .

تناوله . فإذا تصالح موصى له مع الورثة على وصية ، لم يتناول الصلح إلا الوصية الذى وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك[1] .

٣٩٦ — الأثر النسبي فى الأشخاص : كانت المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه ، حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة »[2] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن حكمه يستخلص القواعد العامة[3] :

فإذا اصطلح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية ، فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم[4] . وإذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة ، وصالح الوارث أحدهما ، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ، ولا يحتج به عليه[5] :

وإذا تصالح المصاب مع المسئول ، ثم مات من الإصابة ، فإن هذا الصلح لا يحتج به على ورثة المصاب فيما يختص بالتعويض المستحق لهم شخصياً بسبب وفاة المصاب[6] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٣٨/٦٦٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع فيها الصلح ، ولا يجوز أن يحتج هو به أيضاً » . وهذا الحكم ، على غموض النص ، متفق مع حكم المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٢ — ص ٤٥٣ فى الهامش .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣ فى الهامش .

(٥) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٩٨ .

(٦) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ — ولا يحتج بالصلح المبرم مع المجنى=

وإذا تصالح رب العمل مع المقاول ، فإن هذا الصلح لا يحتج به المهندس ، ولا يحتج به عليه[1] .

وإذا أمن شخص مسئوليته ، فصلح شركة التأمين مع المضرور لا يحتج به على المسئول الذى أمن مسئوليته[2] .

ويستثنى من القاعدة المتقدمة الذكر الصلح مع أحد المدينين المتضامنين . فقد نصت المادة ٢٩٤ مدنى على أنه « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا اذا قبلوه » . فالصلح مع أحد المدينين المتضامنين يجوز إذن أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . وكالمدينين المتضامنين الدائنون المتضامنون ، فالصلح مع أحد الدائنين المتضامنين يجوز أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . كذلك الصلح مع المدين الأصلى يجوز أن يحتج به الكفيل ، ولكن لا يجوز أن يحتج به عليه . أما الصلح مع أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام ، فلا يحتج به الدائنون الآخرون ، ولا يحتج به عليهم ، لانعدام النيابة التبادلية هنا سواء فيما يضر أو فيما يفيد[3] .

= عليه فى حادثة على زوجته ، إذا تقدمت بعد وفاته بسبب تلك الحادثة مطالبة بتعويض الضرر الذى لحقها بوفاة عائلها (نقض جنائى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٣٧) - وانظر أيضاً . نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٤ ص ٤٩٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٥ ص ٦٢٩ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١ - استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ .

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٢٠ .

(٣) بودرى وڤال ٢٤ فقرة ١٢٩٩ .

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث ، فإن صلحه يسرى فى حق الوارث الحقيقى ، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر[1] .

٣٩٧ — الأثر النسبي فى السبب : كانت المادة ٧٤٣ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « من تصالح على حق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين ، ثم تلقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون هذا الحق الذى كسبه من جديد مرتبطاً بالصلح السابق » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن حكمه يستخلص من القواعد العامة[2] .

وهنا الأثر النسبي للصلح يتعلق بالسبب . فإذا نازع الوارث فى صحة وصية صادرة لشخصين ، ثم تصالح مع أحدهما ، فقد قدمنا أن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ولا يحتج به عليه[3] ، وهذه هى النسبية فى الأشخاص . فإذا فرض أن الموصى له الآخر قد مات وورثه الموصى له الأول الذى قبل الصلح ، فإنه يجوز فى هذه الحالة للموصى له الأول أن يعود إلى النزاع فى الوصية فيما يتعلق بحقه فى الإرث من الموصى له الثانى ،

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transacton فقرة ١٢٥ — وقد يصالح الشخص عن نفسه وعن غيره مشترطاً لمصلحة هذا الغير أو متعهداً عنه ، وعند ذلك تسرى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ فى الهامش . وهذا النص يقابل المادة ١٠٤٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ويجرى على الوجه الآتى : « من صالح على حق كان له أو تلقاه بناء على سبب معين ، ثم اكتسب هذا الحق نفسه من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون مقيداً بأحكام عقد المصالحة السابق فيما يتعلق بالحق الذى اكتسبه مجدداً » . وانظر أيضاً م ٢٠٥٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٦ .

ولا يستطيع الوارث أن يحتج عليه بالصلح بالرغم من وحدة المحل (وهو الوصية) ووحدة الأشخاص (وهما الوارث والموصى له الأول) . ذلك لأن السبب لم يتحد ، فالموصى له الأول تقيد بالصلح كموصًى له ، وهو الآن يتقدم بسبب جديد هو الميراث من الموصى له الآخر ، ومن ثم لا يتقيد بالصلح لاختلاف السبب[1] .

كذلك إذا صالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية ولم يطعن فى هذا الصلح ، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ تقديمه ، فإنه يكون مقيداً بهذا الصلح . فاذا كان له أخ لم يصالح الوصى مثله ، ومات هذا الأخ فورثه هو ، فإنه لا يكون مقيداً بالصلح فيما يتعلق بحقه فى الإرث من أخيه ، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصى فى شأن هذا الحق . ذلك لأن السبب هنا قد اختلف ، فهو قد صالح الوصى قاصراً الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية ، ولا يستطيع الوصى أن يحتج عليه بصلح تقدم فيه بسبب حسابه الشخصى ، وهو الآن يتقدم بسبب آخر هو الميراث من أخيه .

---

(١) وقد ورد مثلان فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى نوضحهما فيما يلى : (أ) تصالح على أرض ادعى أنه ورثها ، ثم اشتراها بعد ذلك ، فالصلح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له رغما من الصلح على الميراث . (ب) تصالح على أرض اشتراها من أحد وبعد ذلك اشترى الأرض من على ، فالصلح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له من على (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٠ فى الهامش) .

فهرس
لمشتملات الكتاب

الباب الأول
عقد الهبة
مقـــدمة

الفصل الأول – أركان الهبة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — أحكام الهبة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

عقد الشركة

مقــدمة

صفحة

الفصل الأول – أركان الشركة

صفحة

الفصل الثانى — أحكام الشركة

الفصل الثالث — انقضاء الشركة

صفحة

صفحة

الباب الثالث

عقد القرض والدخل الدائم

مقدمة

صفحة

الفصل الأول ـ أركان القرض

الفصل الثانى ـ آثار القرض

صفحة

صفحة

الفصل الثالث الدخل الدائم

الباب الرابع

عقد الصلح

مقدمة

صفحة

الفصل الأول ـ أركان الصلح

صفحة